
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 465 583
SWI
922
GYS
Digitized by Google


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



GERMANY

Haftung für fremde culpa

nach

schweizerischem Obligationenrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Zürich

vorgelegt von

Emil Gysler

von Zürich.

ZÜRICH

Druck von F. Lohbauer, Rämistrasse 12.

1892.

Einleitung.

Der Begriff „Haftung für fremde culpa“ scheint auf den ersten Blick etwas Unnatürliches, Ungerechtes in sich zu tragen. Jeder soll doch nur für den von ihm selbst verursachten Schaden einstehen müssen! Was geht mich das Verschulden Anderer an? Dies ist das allgemeine, einleuchtende, klare Princip. Aber „jedes Recht sieht sich genöthigt, von diesem Principe einzelne Ausnahmen anzuerkennen“ sagt Stobbe.[1]) Diese „einzelnen Ausnahmen“ aber nehmen in den neuern Gesetzgebungen ein sehr umfangreiches Gebiet für sich in Anspruch und sie werden immer noch zahlreicher werden. Denn wir befinden uns mit der vorliegenden Frage auf einem Terrain, dessen Grenzen noch lange nicht festgesetzt sind; im Gegentheil, gerade in unserer Zeit werden dieselben immer weiter gezogen. Je mehr sich nämlich Industrie, Handel und Verkehr entwickelt, je mehr die Hülfsmittel dazu vervollkommnet werden, und je mehr die Bevölkerung zunimmt, umsomehr werden die Menschen von einander abhängig sein. Dass aber da, wo einer auf die Hülfe des andern angewiesen ist, wo der eine die Arbeit des andern zu seiner Existenz unbedingt nöthig hat und so das Schicksal des einen in dasjenige des andern übergreift, einfache principielle Gesetzessätze nicht mehr genügen, um die naturgemäss immer complicirteren Verwicklungen des täglichen Lebens zu lösen, ist einleuchtend. Daher kann man es namentlich leicht begreifen, wenn die Gesetzgebung von dem einfachen klaren Satze, dass man nur für seine eigenen Fehler einstehe, mehr oder weniger abkommen musste. Sie muss dem Umstande Rechnung tragen, dass heutzutage eben in Folge

---

[1]) Handbuch des dtsch. Privatrechts, Bd. III, S. 387 (§ 201).

der in vielen Beziehungen rapiden Entwicklung unserer Zeit der Begriff der Selbständigkeit einem grossen Theile der Menschheit eine unbekannte Grösse ist. Dass diese Menschen nicht ganz erdrückt werden, hinwiederum aber auch diejenigen, die mit diesen in Berührung kommen müssen, nicht von dieser Unselbständigkeit derselben ungerecht zu leiden haben, dafür hat eben die Gesetzgebung zu sorgen und sie kann es auch in grossem Maasse gerade durch Einführung einer gewissen Haftung für fremdes Verschulden.

Unsere schweizerische Gesetzgebung ist auf diesem Gebiete in jeder Hinsicht sehr weit vorgeschritten. Sie hat sowohl im allgemeinen Gesetz, als in verschiedenen Specialgesetzen den heutigen Anforderungen hinsichtlich der vorliegenden Frage Gehör geschenkt und dieselben, je den betreffenden Verhältnissen anpassend, mehr oder weniger in die bestehenden Ansichten und Gewohnheiten eingreifend, in ausgedehntem Umfange berücksichtigt. Es wird nun unsere Aufgabe sein, dieses Vorgehen unserer eidgenössischen Gesetzgebung auf dem Boden des allgemeinen Gesetzes, des S. O. R., näher zu untersuchen. Die Specialgesetze müssen wir ganz bei Seite lassen, da sie vielfach von andern Gesichtspunkten ausgehen und die Betrachtung derselben nicht in den Bereich dieses, uns gesteckten Zieles gehört.

„Haftung" für etwas ist die Verpflichtung, für dieses etwas und seine eventuellen Folgen oder seinen eventuellen Erfolg einzustehen und wenn daraus oder statt desselben ein Schaden entsteht, diesen zu ersetzen. Haftung für Verschulden ist also die Verpflichtung, für dieses Verschulden und seine Consequenzen einzustehen. Diese Haftung kann sein eine criminelle oder civile. Die criminelle besteht darin, dass demjenigen, der haftet, eine Leib-, Ehren- oder Vermögens-*Strafe* auferlegt wird, während das Wesen der civilen Haftung darin besteht, einen zugefügten Schaden oder einen Misserfolg einfach zu ersetzen, denjenigen, den dies trifft, pekuniär zu entschädigen.

Wir haben es hier nun mit der *civilen Haftung* zu thun. Diese kann eintreten entweder auf Grund eines Contractes: dieser wird durch ein Verschulden nicht erfüllt; für den Erfolg muss aber eingestanden werden: *contractliche Haftung;* oder ausserhalb eines Contractes einfach auf Grund einer deliktischen oder

deliktsähnlichen Handlung; durch diese ist ein Schaden entstanden, der ersetzt werden muss: *aquilische Haftung.* — Gemäss der gestellten Aufgabe behandeln wir aber in Folgendem von diesen beiden zuletzt aufgestellten Kategorien von Fällen je nur diejenigen, in denen für *fremdes* Verschulden eingestanden werden muss, d. h. wo der Misserfolg, der Schaden, durch die culpa eines Andern als desjenigen, der dafür einzutreten hat, entstanden ist.

Betrachten wir da zunächst die Fälle der Haftung für aquilische culpa.

A. Haftung für fremde aquilische culpa.

Die Haftung für das aquilische Verschulden, d. h. für das Verschulden, das an und für sich ausserhalb jedes Contract-Verhältnisses unter Personen, die bis dahin sich völlig fremd gewesen sein können, eine Obligation erzeugt, die den einen Theil zum Schadenersatz berechtigt, den andern dazu verpflichtet, wird vom S. O. R. geregelt in den Art. 50 ff. Für unsere specielle Frage kommen davon vor allen in Betracht die Art. 61—64, die direct von den Fällen handeln, da auf der verpflichteten Seite zwei Personen vorkommen, eine, die den Schaden verursacht hat und eine, die denselben ersetzt. Zufällig kann dieses Verhältniss auch eintreten bei Art. 67, eventuell auch Art. 65; eine Nothwendigkeit ist dies aber nicht. Darum lassen wir diese letztgenannten Artikel vorläufig bei Seite und treten zunächst näher ein auf die citirten Hauptfälle. Der Wichtigkeit der Sache wegen mögen die 3 bedeutendsten Artikel schon hier mit einander in extenso angeführt werden:

Art. 61: Wer rechtlich verpflichtet ist, die häusliche Aufsicht über eine Person zu führen, haftet für den von ihr verursachten Schaden, insofern er nicht darzuthun vermag, dass er das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet habe.

Celui auquel incombe légalement la surveillance d'une personne de sa maison est responsable du dommage causé par elle, à moins qu'il ne justifie avoir exercé cette surveillance de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances.

Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle persone di cui per rapporti domestici ha la vigilanza, ove non provi aver egli adoperato la diligenza ordinaria e quale era richiesta dalle circostanze.

Art. 62: Ein Geschäftsherr haftet für den Schaden, welchen seine Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um einen solchen Schaden zu verhüten.

Diese Verantwortlichkeit trifft auch juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben.

Le maître ou patron est responsable du dommage causé par ses ouvriers ou employés dans l'accomplissement de leur travail, à moins qu'il ne justifie avoir pris toutes les précautions nécessaires pour prévenir ce dommage.

Les personnes morales qui exercent une industrie, sont soumises à la même responsabilité.

Il padrone è responsabile del danno cagionato dai suoi commessi od operai nell'esercizio delle loro incombenze, ove non provi d'aver usato tutte le cure per impedirlo.

Siffatta responsabilità spetta anche alle persone giuridiche che esercitano un'industria.

Art. 64: Ueber die Ersatzpflicht für Schaden, welchen öffentliche Beamte oder Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, können Bundes- oder Kantonalgesetze abweichende Bestimmungen aufstellen.

Für gewerbliche Verrichtungen öffentlicher Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Titels durch Kantonalgesetze nicht geändert werden.

Jeder dieser Artikel umfasst eine eigene Gruppe von Fällen und darnach können wir also 3 verschiedene Kategorien von Haftungsgründen unterscheiden. Die Haftung für das Verschulden Anderer kann nämlich ihren innern Grund haben entweder:

1. in der häuslichen Aufsichtspflicht: Art. 61; oder
2. in dem Verhältnisse von Angestellten oder Arbeiter und Geschäftsherr: Art. 62; oder
3. in der Stellung als öffentlicher Beamter oder Angestellter: Art. 64.

Die ersten beiden Gruppen beruhen im Wesentlichen auf gleicher Grundlage und werden daher weiter unten zusammen behandelt. Zunächst soll ein kurzer Blick auf Art. 64 geworfen werden, „kurz“ deswegen, weil die Betrachtung dieser Fälle, als nicht in den Bereich des S. O. R. fallend, nicht hieher gehört.

I. Haftung nach Art. 64.

Art. 64 behandelt die Haftung des Staates für seine Beamten und Angestellten. Soweit die amtlichen Verrichtungen derselben in Betracht kommen, gestattet das S. O. R. sowohl der Bundes- als der Kantonalgesetzgebung, eigene Bestimmungen nach ihrem Belieben aufzustellen. In welchem Umfange von diesem Rechte der freien Regelung Gebrauch gemacht worden ist, (wenigstens bis in's Jahr 1888), hat ausführlich zusammengestellt Gerichtspräsident Ziegler in Schaffhausen in seinem Referate am schweizerischen Juristentag in Neuenburg (1. und 2. Oktober 1888). [1]) Gemäss der gestellten Aufgabe muss ich mich leider damit begnügen, darauf hinzuweisen und auf eine eingehende Besprechung oder Weiterführung dieser interessanten und ausführlichen Zusammenstellung verzichten.

Was speciell die *zürcher. Gesetzgebung* in dieser Hinsicht anbelangt, hat sie von dem ihr eingeräumten Rechte sowohl in dem privatl. Gesetzbuch als auch in verschiedenen Specialgesetzen Gebrauch gemacht. Für unsere Frage ist namentlich von Wichtigkeit der § 421 des priv.-rechtl. Gesetzbuches, der die Haftung des Staates für die böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit der Staatsbeamten *ausschliesst*. Eine Ausnahme davon macht das Gesetz betr. die Eintheilung des Kantons in Notariatskreise u. s. w. vom 14. Dezbr. 1873[2]) in seinem § 17, indem dieser den Staat haftbar erklärt für die Notare, aber nur subsidiär (nach der Amtskaution) und nur für ihr Verschulden innerhalb „der Führung der Grundbücher zur Feststellung der Rechtsverhältnisse von Grund und Boden“. Während also die Haftung für amtliche

---

[1]) Vgl. Zeitschr. für schweiz. Recht n. F., Bd. VII nam. pag. 505—541.
[2]) Off. S., Bd. XVII, S. 340.

Functionen der Staatsangestellten von oben herab nach dem zürch. Kantonalrechte eine überaus eingeschränkte ist, ist sie nach unten schon etwas weiter und strenger. Als Beispiele dafür kann ich anführen den § 16 des citirten Notariatsgesetzes, der hinsichtlich der Führung öffentlicher Bücher den Notar ausdrücklich für seine Substituten und Kanzleiangestellten verantwortlich erklärt; ferner den § 15, Abs. 2 des zürch. Rechtspflegegesetzes, der bestimmt: „Wenn der Friedensrichter Vorladungen und dergleichen durch einen Angestellten besorgen lässt, so ist er für die Verrichtungen dieser Person verantwortlich"; ebenso reden die §§ 153 und 154 des zürch. Gesetzes betr. das Gemeindewesen v. 27. Juni 1875[1]) von dem Stellvertreter und den allfälligen Angestellten des Gemeindeammanns, die stets „unter der Verantwortlichkeit" des letztern functionieren. Das zürch. Obergericht bestätigt diese Haftung, ohne besonders hierauf zu verweisen.[2]) In allen diesen Fällen ist die Haftung für die Angestellten eine strengere als sie Art. 62 des S. O. R. aufstellt; denn es ist hier nirgends von einem Entschuldigungsbeweis seitens des Haftenden die Rede.

Eine weitere Einschränkung erleidet das in dem oben cit. § 421 unseres priv.-rechtl. Gesetzbuches aufgestellte und nach einem Ausspruch des Bundesgerichts aus dem Jahr 1877[3]) bis damals namentlich von den Gesetzgebungen der deutsch-schweizer. Kantone entschieden festgehaltene Princip der Nichthaftung des Staates für das Verschulden seiner Angestellten noch durch das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Concurs, indem dasselbe in Art. 6 den Kanton eintreten lässt für Schaden der betr. Beamten und Angestellten, aber wiederum nur ganz subsidiär. Erst wenn von dem Schädigenden selbst und aus einer allfällig vorhandenen Sicherheitsleistung der Schaden trotz Anwendung der verfügbaren Zwangsmittel nicht ersetzt werden konnte, kann man an den Staat gelangen. Nach dem Commentar von Weber und Brüstlein zu Art. 6 cit. haftet der Staat noch weniger streng, noch mehr subsidiär als der einfache Bürge. — Umgekehrt stellt auch das Bundesgesetz das Princip der directen Haftung der

---

1) Off. S. XVIII, 524.

2) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. X (1891) p. 25.

3) Zeitschr. f. schweiz. Rechtspflege Bd. III p. 62.

Betreibungs- und Konkursbeamten für die von ihnen ernannten Angestellten auf in Art. 5 Abs. 1. Nach § 6 Abs. 2 des zürch. Einführungsgesetzes zum genannten Bundesgesetze haftet der Betreibungsbeamte auch unbedingt für die Handlungen des Notars, der nach dem 1. Absatz dieses Artikels bei der Verwerthung von Liegenschaften mitwirken muss!

In diesem Zusammenhange ist auch noch Art. 7 Abs. 3 der zürch. Verfassung zu erwähnen, nach welchem „ungesetzlich Verhafteten vom Staate angemessene Entschädigung oder Genugthuung zu leisten ist". Beruht nun diese ungesetzliche Verhaftung auf einem Verschulden eines Staatsbeamten, so haben wir also die directe Haftung des Staates für denselben, ein Satz, der in seltsamen Contrast tritt mit der oben angegebenen Tendenz der zürch. Gesetzgebung, und nur zu erklären ist, aus dem Grundsatze der unbedingten Gewährung der persönlichen Freiheit (Zürch. Verfssg. Art. 7 Abs. 1). Aehnlich verhält es sich mit der Zusprechung von Entschädigung aus der Staatskasse an den Angeschuldigten bei sistirter Untersuchung oder freisprechendem Urtheil. Doch ist hier nicht zu vergessen, dass in den meisten dahin gehörenden Fällen der Staatsbeamte nicht culpos gehandelt haben wird, dieselben also gewöhnlich nicht unter die Fälle der Haftung des Staates für das Verschulden seiner Beamten zu zählen sind.

Nach dieser Abschweifung in das uns zunächst liegende Zürcher-Gebiet, können wir nunmehr wieder auf eidgenössischen Boden, zu Art. 64 S. O. R. zurückkehren. Es sind hier hauptsächlich noch 3 Fragen, deren Beantwortung für uns insofern noch von Wichtigkeit ist, als sie das Geltungsgebiet des noch zu besprechenden Art. 62 eventuell ausdehnt oder einschränkt.

Die erste Frage ist: Wie verhält es sich, wenn die Kantonalgesetzgebungen oder Bundesgesetzgebung von der ihnen in Art. 64, 1 gegebenen Freiheit keinen Gebrauch machen? keine „abweichenden Bestimmungen aufstellen"? Gelten dann sämmtliche Vorschriften über „unerlaubte Handlungen", wie sie das S. O. R. aufstellt? d. h. muss dann der Staat den gewerbetreibenden juristischen Personen auch hinsichtlich der amtlichen

Verrichtungen seiner Beamten und Angestellten gleichgestellt werden? Es ist die Ansicht, die diese Frage in vollem Umfange bejahen will, vor Bundesgericht verfochten worden: der Staat stehe dann eben dem Geschäftsherrn gleich. Das Gericht hat aber dieselbe verworfen und sich auf den Standpunkt gestellt, dass in Ermangelung abweichender kantonaler Bestimmungen eben das allgemeine Princip zur Anwendung komme und dieses bestehe darin, dass einzig der Schädiger selbst persönlich hafte. (Diese Regel habe auch das S. O. R. angenommen, das Dritte nur ausnahmsweise haften lasse.) Im Fernern führt es noch aus: [1]) „Das Bundesgericht hat in constanter Praxis festgehalten, dass aus dem staatsrechtlichen Verhältnisse zwischen Staat und Beamten an und für sich in Ermangelung einer besondern Gesetzesbestimmung eine Haftung des Staates für rechtswidrige Amtshandlungen der Beamten als seiner öffentlichrechtlichen Stellvertreter nicht folge". Somit gelten also in Ermangelung besonderer kantonaler oder bundesgesetzlicher Bestimmungen allerdings diejenigen des S. O. R., aber nur soweit dessen allgemeine Regel reicht, d. h. „nur für die Beamten selbst; eine Haftung des Staates für sie spricht das Obligationenrecht nirgends aus" wie Ziegler in seinem genannten Referate sagt. [2])

Damit also der Staat allfällig nach Art. 62 belangt werden kann, ist es nöthig, dass seine öffentlichen Beamten und Angestellten „gewerbliche Verrichtungen" vornehmen. Wann ist aber dies der Fall? Das ist die zweite für uns erhebliche Frage. Die einfachste Antwort ist: Dann, wenn er als gewerbetreibende juristische Person im Sinne des Art. 62, 2 erscheint; und was hierunter zu fassen ist, wird seines Ortes, bei Besprechung des Art. 62 auseinander zu setzen sein. Doch glaube ich, ist es nicht ohne Bedeutung, dass Art. 64 nicht direct von „ein Gewerbe betreiben" spricht, sondern sich nur des Ausdruckes „gewerbliche Verrichtungen" bedient. Soll damit nicht gesagt sein, dass der Staat nicht gerade als ein das betr. Gewerbe Treibender erscheinen müsse, sondern dass es genüge, wenn die Beamten

---

1) Entsch. des Bundesger. XII (1886) S. 232.
2) Z. f. schweiz. Recht. n. F. VII, 500.

im Namen des Staates Handlungen vornehmen, die unter das betr. Gewerbe zu subsumieren sind? Ich möchte dies bejahen. Und wenn Ziegler [1]) sagt: „Wenn der Bund Pferde ankauft für die Cavallerie, so wird es kaum Jemandem einfallen, ihn als Pferdehändler zu bezeichnen", so kann man einfach hinzufügen: nein, das nicht, aber er hat doch solche Handlungen verrichten lassen, die unter den Begriff des Gewerbes des Pferdehandels fallen, also einfach: er hat gewerbliche Verrichtungen vornehmen lassen; das genügt, ihn unter Art. 64, 2 fallen zu lassen. Auf *diesem* Wege, indem ich das „gewerblich" einfach als Gegensatz des „amtlich" auffasse ohne weitere Unterscheidung oder weitern Zusatz, komme ich dazu, als Merkmal dafür, dass der Staat hinsichtlich der Haftung gemäss Art. 62 zu behandeln sei, den Satz Ziegler's [2]) zu wiederholen: „es ist erforderlich, dass der Staat als privatrechtliche juristische Person d. h. als Fiscus, in Frage komme, und nicht als Staat im eigentlichen, öffentlichrechtlichen Sinne". Das Gleiche sagt auch das Bundesgericht in dem oben citierten Urtheil, indem dasselbe von dem Principe der Nichthaftung des Staates für die Executivbehörde spricht, „sofern diese in öffentlich-rechtlicher Stellung und nicht etwa privatrechtlich als Vertreterin des Fiscus in Betracht kommt", und einen Monat früher zur Begründung der Anwendbarkeit des gleichen Principes anführt, „das Hypothekenwesen, wenn Zweig des öffentlichen Dienstes, sei vom Staate besorgt, zweifelsohne nicht in privatrechtlicher Eigenschaft als Fiscus, sondern in öffentlichrechtlicher Stellung". (Entscheidg. vom 15. I. 86; vgl. auch Revue judiciaire. 1886 p. 200.[3])

Dieser zweite Absatz des Art. 64 führt uns nun noch zu dem dritten hier zu erwähnenden Punkt. Wenn wir nämlich diesen Absatz mit dem ersten des gleichen Art. vergleichen, so fällt uns sofort auf, dass hier neben der Kantonalgesetzgebung die Bundesgesetzgebung nicht mehr erwähnt ist. Was folgt daraus?

---

[1]) a. a. O. (Z. f. schw. R. n. F. VII) p. 488.

[2]) a. a. O. p. 487.

[3]) Aehnliche Aussprüche des zürch. Obergerichts finden sich in Bl. f. handelsrechtl. Entsch. IX (1890) p. 60 Erwägg. 8. X (1891) p. 25 Erwägg. 4.

Ziegler [1]) nimmt es für selbstverständlich an, dass dadurch der Bund sich freie Hand vorbehalten habe, für seine gewerblichen Verrichtungen Gesetze aufzustellen, wie er wolle, sollten dieselben ihm auch eine bevorzugtere Stellung einräumen, kann aber einen triftigen Grund dafür nicht einsehen, während Prof. Meili [2]) gerade deshalb meint, der Bund habe es eben für selbstverständlich erachtet, dass er für seine gewerblichen Verrichtungen diese von ihm aufgestellten Haftpflichtsätze nicht ignoriren werde, und *darum* sich selbst nicht erwähnt; jetzt solle man nicht durch Betonen des Ausdruckes „Kantonalgesetze“ ihm dies Hinterthürchen öffnen. Ich muss gestehen, dass ich der Meinung bin, dass der Gesetzgeber gewiss in vollem Bewusstsein der Tragweite und gerade wegen der Möglichkeit allfälliger Abänderungen im günstigen Sinne, hier die Bundesgesetzgebung nicht erwähnt, und ich glaube, dass sich eine Sonderstellung „des Gesammtstaates gegenüber den Gliedstaaten“ für gewisse gewerbliche Verrichtungen wohl werde rechtfertigen lassen und ich möchte die Frage Ziegler's [3]), ob es denn ein Unterschied sei, ob wir es mit einer Bundesbank oder mit einer Kantonalbank zu thun haben, nicht ohne Weiteres verneinen. Manches, was für das Glied des Ganzen recht und gut, ja sogar nothwendig ist, passt oft für das Ganze selbst absolut nicht und umgekehrt.

II. Haftung nach Art. 61 und 62.

Die Fälle der Art. 61 und 62 bilden den Kernpunkt der Haftung für fremdes aquilisches Verschulden nach S. O. R. Sie werden hier zusammen behandelt, da, wie oben p. 8 gesagt, der Aufbau, die Entwicklung und Begründung des Haft-Systems bei beiden gleich ist. Beide lassen einen Dritten eintreten für die Handlung einer Person, die aus irgend einem Grunde unter dessen Botmässigkeit steht. Nach dieser letztern richtet sich auch der Umfang der Handlungen, für die eingestanden werden soll,

[1]) a. a. O. p. 498.

[2]) Reflexionen über das schweizer. Postrecht. Z. f. schweiz. Recht n. F. Bd. V p. 39 und p. 65 f.

[3]) a. a. O. p. 499.

sodass derjenige, dessen Botmässigkeit eine dauernde, ununterbrochene ist, für jede schadenbringende Handlung des ihm Untergeordneten eintreten muss (Art. 61), während derjenige, bei dem diese Macht der Ausfluss eines bestimmten vorübergehenden Verhältnisses zwischen ihm und einer andern Person ist, nur für diejenigen Handlungen dieser Person eintritt, die mit dem betreffenden Verhältniss im Zusammenhang stehen, dessen Folge sind (Art. 62). Beiden Haftenden aber gewährt das Gesetz die Möglichkeit, sich zu befreien von der Haft, dem einen, wenn er zeigt, dass er in gehöriger Weise die Aufsicht geführt, dem andern, wenn er beweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe. Da also beide Gruppen auf dem gleichen Boden stehen, wollen wir nun für beide gemeinsam untersuchen, worauf sich diese Art Haftung aufbaut, womit sie sich rechtfertigt und wie sie sich gegen Aussen darstellt.

1. Begründung und Aufbau des Haftungs-Systems nach Art. 61 und 62.

Schon in der Einleitung ist gesagt worden, dass eine Haftung für das Verschulden Anderer zunächst etwas Ungerechtes in sich zu tragen scheine. Da aber die Einführung einer solchen Haftung Nothwendigkeit ist, muss es Aufgabe der Gesetzgebung sein, solche Vorschriften aufzustellen, die diesen Schein möglichst verschwinden machen. Um dies zu erreichen sind die verschiedenen Gesetzgebungen verschieden vorgegangen. Meiner Ansicht nach aber hat gerade das S. O. R. in den Art. 61—63 ein System angenommen, das am meisten auf dem Grundsatz der Billigkeit beruht; es sucht allen drei in diesen Fällen in Betracht kommenden Parteien möglichst gerecht zu werden, jeder derselben Mittel an die Hand zu geben, sich in ihrer Weise vor übermässigem ungerechtem Schaden und Verlust zu schützen. Gemäss diesen drei Parteien sind es eben auch drei Kategorien von Anforderungen, auf die ein System Rücksicht tragen muss, nämlich:

1. Gegenüber dem Geschädigten muss das Gesetz naturgemäss streben, ihn möglichst zum Ersatze seines Schadens

kommen zu lassen. Es wäre unbillig, wenn in den vielen Fällen, da einem von einem Kind oder von einem Angestellten oder Arbeiter Schaden zugefügt wird, derjenige, der den Verlust erlitten, leer ausgehen sollte, sei es nun, dass das Kind zu jung ist und nicht belangt werden kann, sei es, dass der Arbeiter oder Angestellte überhaupt nichts hat, sodass man also auch mit einer Klage in keinem Fall an's Ziel gelangen könnte. Da weist schon ein natürliches Gefühl auf andere Personen unwillkürlich hin. Diese sollen eintreten und haften!

2. Gegenüber dem Schädigenden selbst besteht einestheils die Pflicht, das jugendliche Alter zu schützen, ihm auch vom Staate aus beizustehen, anderntheils dem Zuge unserer Zeit folgend das Bestreben der sogen. bedrängten Klasse, den Leuten, die auf Rechnung Anderer arbeiten müssen, entgegenzukommen und unter die Arme zu greifen. Das Kind, das selbst noch nicht alle Folgen seines Thuns und Lassens zum Voraus berechnen, also auch nicht darnach handeln kann, soll nicht vielleicht sein Weniges verlieren für etwas, das es selbst nicht hat verhüten können. Die Gerechtigkeit ruft auch da einer andern Person. Der Arbeiter, der Angestellte, der ja nicht für sich arbeitet, der seine Dienste, seine Kräfte einem Andern zur Ausnützung überlässt, soll nicht von vorneherein einstehen müssen für den Schaden, den er gerade bei derjenigen Arbeit verursacht hat, mit welcher er dem Andern dienen will; er soll nicht durch eine Schadensersatzklage ruinirt werden, während er selbst ja bei der Handlung mehr oder weniger unselbständig war und einem Andern Vortheil verschaffen wollte. Dies weist uns sofort auf den dritten Punkt.

3. Gegenüber dem Haftenden besteht die Ansicht, dass derjenige, der den Gewinn aus etwas zieht, auch einstehen soll für diejenigen, die ihm diesen Gewinn verschaffen helfen. Ferner soll derjenige, der eine Familie gründet, wissen, welche Pflichten zu übernehmen er im Begriffe ist. Er soll nicht nur die Vortheile haben wollen, die ihm seine Kinder in spätern Jahren bringen werden, sondern auch die Nachtheile in den ersten Jahren tragen. Immerhin muss es in diesen beiden Fällen Aufgabe des

Gesetzes sein, dafür zu sorgen, dass diese übergeordnete vortheilhaftere Stellung der dritten Partei in ihrer Bedeutung nicht überschätzt werde, es muss auch den Haftenden vor Ungerechtigkeiten schützen.

Diese 3 Punkte führen, ja zwingen uns dazu, auf irgend eine Weise durch das Gesetz eine Haftung für fremdes Verschulden möglich zu machen. Dies hat das S. O. R. gethan und in Folgendem soll nun gezeigt werden, welchen Weg dasselbe, den drei besprochenen Billigkeits-Rücksichten folgend, eingeschlagen hat, um eine solche Haftung in allgemein-verbindlichen, für die verschiedenartigsten Fälle massgebenden Normen zu statuiren.

Da ist zunächst zu sagen, dass unser Gesetz keineswegs von dem schon aufgestellten Satze: „Jeder hafte nur, wenn ihn selbst eine culpa treffe“ ganz abweichen will; mit andern Worten: es will nicht Fälle schaffen, da Jemand, den gar keine Schuld trifft und der dies klar zeigen kann, einstehen muss für die Schuld eines Andern; darum verlangt es, und es muss dies consequenter- und billigerweise verlangen, dass derjenige, der als ein nach Art. 61 oder 62 Haftender belangt wird, damit er verurtheilt werden kann, ebenfalls culpos dastehe, damit irgendwie festgestellt werde, ob auch auf seiner Seite ein culpa vorliege oder nicht. Welche Bedeutung dieser culpa aber zukommt, wird weiter unten gezeigt werden. Er soll und darf nach gefälltem Urtheil sich nicht beklagen können über die Ungerechtigkeit, dass er zum Schadensersatz verurtheilt worden sei, obschon er seine Schuldlosigkeit hätte darthun können. Davon ausgehend kommt man unwillkürlich zu dem System, welches das S. O. R. angenommen hat. Dieses legt es nämlich in die Hände des Haftenden, sich, wenn er sich ohne culpa fühlt, von der Last des Schadensersatzes zu befreien; es gibt ihm die Möglichkeit des Entlastungsbeweises. Ergreift er aber diese ihm gebotene Gelegenheit, sich frei zu machen, nicht, so wird er verurtheilt, sobald nur vom Klagenden das schadenbringende Factum nachgewiesen und ein Verhältniss zwischen dem Thäter und dem Haftenden dargethan worden ist, das unter Art. 61 oder 62 fällt.

Unser Gesetz legt nämlich, den gerechten und billigen Forderungen des Lebens und Verkehrs Folge leistend, bestimmten Personen bestimmte Pflichten auf, so einerseits gewissen unten näher zu bezeichnenden Personen die häusliche Aufsichtspflicht über andere Personen, anderseits dem Geschäftsherrn die Instruirung und Ueberwachung seiner Angestellten und Arbeiter. Hat nun eine einer solchen Aufsicht unterstellte Person einem Dritten Schaden zugefügt, so *setzt das Gesetz voraus,* dass die andere, die übergeordnete Person dieser ihrer Aufsichtspflicht nicht gehörig nachgekommen sei, sie selbst also die erste, ich möchte sagen, allgemeine Schuld treffe, indem sie durch ihre frühere oder spätere Nachlässigkeit das Geschehen der Schadenszufügung möglich gemacht habe. Da diese culpa des Haftenden nicht unmittelbar die Obligation, woraus der Beschädigte klagt, erzeugt, sondern überhaupt nur mittelbar in Betracht gezogen werden kann, *muss* sie eben präsumirt werden und darf der Beweis der Existenz derselben nicht dem Kläger auferlegt werden. Sie gehört ja nicht zum eigentlichen Fundament, worauf er seine Klage aufbaut; dieses wird gebildet von der Handlung des eigentlichen Thäters und dessen Verhältniss zum Haftenden; direkt hat also der als Haftender Belangte dabei nichts zu thun.

Indem das S. O. R. in dieser Weise das System der Schuldpräsumtion mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises sowohl in Art. 61 und 62 durchführt, geht es nicht so weit als sein Vorbild hierin: der Code civil français, der in Art. 1384 den maîtres et commettants den Exculpationsbeweis nicht zugesteht[1]). Ich finde, dass diese Regelung des Verhältnisses, die E. Vogt einen Rückschritt nennt[2]), eher für das Gegentheil zu halten ist und mit Recht geschehen ist, indem dadurch, wie schon betont, ein System geschaffen wird, das der Billigkeit und Gerechtigkeit näher kommt und das zwei Verhältnisse (Art. 61 und 62), die im Leben und Verkehr sehr viele Aehnlichkeiten besitzen, auch rechtlich möglichst ähnlich gestaltet. Der einzige die beiden Verhältnisse wirklich

---

1) Die ersten Entwürfe des S. O. R. dagegen stehen auf dem Boden des C. N.

2) Leichtfassliche Anleitung zur Anwendung des S. O. R. im alten Theile des Kantons Bern p. 53.

trennende Unterschied, auf den sich auch die Verfechter der französischen Theorie stützen, ist der, dass im zweiten Fall der Geschäftsherr diejenigen, für die er haften soll, auswählen kann, im ersten nicht. Aber abgesehen davon, dass auch unter Art. 61 Verhältnisse fallen können, in denen eine Wahl zwischen Annahme und Nichtannahme möglich ist (was später des Nähern zu zeigen sein wird), so scheint es immer noch höchst ungerecht, dass der Geschäftsherr deswegen absolut haften, seine Entschuldigung nicht gehört werden soll, weil er eben nicht die richtige Auswahl getroffen habe. Zur Begründung des Letztern wird dann angeführt: es wäre ihm ja freigestanden, einen Andern zu nehmen, der keine schädigenden Handlungen vornimmt![1]) Wie wenn es möglich wäre, schon auf den ersten Blick einen zu engagirenden Menschen zu durchblicken! Mit Recht sagt Laurent[2]) in dieser Hinsicht Folgendes: Quant à la faute que l'on reproche au commettant d'avoir donné sa confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudents, elle suppose que les patrons ont le choix des préposés. Jadis il en était peut-être ainsi, mais les choses sont bien changées. Que l'on demande aux chefs d'industrie s'il leur est possible de choisir leurs ouvriers en ne prenant que les plus capables et les plus moraux. Le temps approche où les ouvriers feront la loi aux commettants!

Ausser diesen mehr äusserlichen Einwürfen, spricht auch noch der Umstand gegen die französische Theorie, dass sie an einem innern Widerspruch leidet, wenn sie die Haftung für andere immer durch die Präsumtion einer culpa erklärt, ohne Rücksicht darauf, ob ein Entschuldigungsbeweis möglich ist oder nicht. Chironi[3]) sagt hierüber: „L'insegnamento così concepito dà luogo a difficoltà addirittura insolubili. Posta la presunzione della *colpa* come ragione della responsabilità, perchè non si accorderà la prova contraria diretta a dimostrare che il rappresentato adoperò nella scelta tutta la cura di un diligentissimo padre di famiglia, attalchè neppure di colpa lievissima lo si possa rimproverare?“ Und

---

[1]) So namentlich auch Bertrand de Greuille in seinem Rapport au Tribunat (Motifs, rapports etc. au code civil. tome V p. 26).

[2]) Principes de droit civil français, XX Nro. 588 i. f.

[3]) La colpa nel diritto civile odierno. Colpa aquiliana. Vol. I p. 273.

wenn man ferner die Urtheile, die hierüber schon gefällt sind, durchgeht, so kann man sehen, dass lange nicht alle auf eine culpa in eligendo zurückgeführt werden könnten, sondern dass manchmal eine culpa in vigilando auch hier beim commettant oder maître eigentlich ausschlaggebend ist für die Verantwortlichkeit, d. h. zur Rechtfertigung fingirt wird, und damit ist auch der einzige nennenswerthe Grund für die verschiedene Stellung und Behandlung der Fälle von Art. 61 und 62 weggefallen und man muss wiederum mit Chironi[2]) sagen: „Questa teoria non può essere accettata, perchè adottandola, si noterebbe a carico della legge una contraddizione ben grave. Da un lato essa enumererebbe dei casi in cui indubbiamente la responsabilità è fondata sulla „culpa in vigilando“ (genitori ecc.) ed ammetterebbe la prova liberatoria a vantaggio dei responsabili; dall'altro avrebbe delle ipotesi (commessi ecc.), in cui eguale sarebbe la ragione di disporre, eppure non è concesso l'esperimento della prova contraria alla presunzione di colpa. Certo, se eguale è la „ratio legis“, perchè non egualmente è considerata la posizione del responsabile?“ Diesem Vorwurf ist also unser Gesetz ausgewichen; es ist der ratio legis gefolgt, indem es auch dem Geschäftsherrn den Entschuldigungsbeweis zugestand. Bei uns kann es in der That nun gleichgültig sein, ob es sich um culpa in eligendo oder in vigilando oder in instruendo oder eine andere handelt.

Aber auch auf dem Gebiete des Art. 61 ist unser Gesetz vom französischen Recht abgewichen hinsichtlich der Strenge der Haftung, indem letzteres dem Haftenden den Beweis auferlegt, dass er die schädigende Handlung „nicht habe verhindern können“, während unser Gesetz verlangt, dass er darthue, er habe das „übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung“ angewendet. Die Form des S. O. R. scheint mir die gerechtere zu sein. Vermöge ihrer elastischen Fassung ist es ihr möglich, in allen Fällen der Billigkeit näher zu kommen. Allerdings ist sie aus diesem Grunde gegenüber dem Aufsichtspflichtigen auch milder und macht ihm so diese Pflicht gelinder. Ich halte das aber für keinen Nachtheil;

---

[2]) a. a. O. p. 272.

denn im französischen Recht ist sie eben zu drückend, bei uns gerade noch schwer genug. Das zürcherische Obergericht sagt darüber einmal[1]): „Da das S.O.R. für die Haftpflicht der Eltern bezüglich der durch Kinder verübten Schädigungen strenge Bestimmungen enthält, so ist anzunehmen, dass es überhaupt den Eltern eine strenge Aufsicht über ihre Kinder zur Pflicht machen wollte". So kann man auch noch von unserm Art. 61 sagen, dass er trotz seiner dehnbareren Redaction immerhin den idealen Zweck nicht aus dem Auge lässt, den eine solche Bestimmung verfolgt und den Treilhard in seinem Exposé des motifs (zu C. N. art. 1384) folgendermassen schildert: „Puisse cette charge de la responsabilité rendre les chefs de famille plus prudents et plus attentifs! puisse-t-elle faire sentir aux instituteurs toute l'importance de leur mission! et puissent les pères surtout se pénétrer fortement de l'étendue et de la sainteté de leurs devoirs! la vie que nos enfants tiennent de nous, n'est plus un bienfait, si nous ne les formons pas à la vertu, et si nous n'en faisons pas de bons citoyens!"[2])

2. Liegt in dieser Haftung nach Art. 61 und 62 wirklich eine Haftung für fremdes Verschulden?

Nachdem wir nun gesehen, auf welche Weise das S. O. R. die Haftung, welche wir bis jetzt kurz Haftung für fremdes Verschulden genannt haben, construirt, wie dieselbe zu rechtfertigen sei und welche Zwecke sie verfolgt, ist nunmehr auf die Hauptfrage einzutreten, ob denn in Art. 61 und 62 überhaupt eine Haftung für fremde culpa in That und Wahrheit zu finden sei, ob nicht etwa darin einfach eine Haftung für eigene culpa vorliege? Nach meiner Meinung ist die Frage in positivem Sinne zu lösen, d. h. wir haben hier nicht die letztere vor uns, sondern wir haben es in Wirklichkeit mit einer Art Haftung für fremdes Verschulden zu thun. Das Resultat, zu dem ich in der folgenden Untersuchung gelangen werde, lässt sich nämlich kurz in folgenden Sätzen zusammenfassen:

---

[1]) Bl. f. handelsrechtliche Entsch. V (1886) p. 297.

[2]) Motifs, rapports etc. au code civil fr. tome V p. 254.

Die Art. 61 und 62 statuiren in der That eine Haftung für fremdes Verschulden, allerdings nur eine bedingte, das heisst:

1. Den Thäter selbst muss ein Verschulden treffen. (Darunter gehören natürlich auch die Fälle, da dieses ihm wegen seiner Unzurechnungsfähigkeit nicht angerechnet werden kann).
2. Der Nachweis dieses Verschuldens ist demnach von Wichtigkeit.
3. Auf den Inhalt der Obligation hat nur das Verschulden des Thäters Einfluss.
4. Das vom Gesetz auf Seite des Haftenden präsumirte Verschulden kann eine eventuelle culpa genannt werden, d. h. sie kommt nur mittelbar in Betracht, soweit, als sie die betr. Person als richtig Beklagten bezeichnet.

Zu der gegentheiligen Ansicht kommt Dr. Adolf Bieder in seiner Abhandlung über die „Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach dem S. O. R.“ [1]), indem er das Resultat seiner Ausführungen über den juristischen Gehalt der Art. 61 und 62 wie folgt, kurz zusammenfasst[2]): „Die Art. 61 und 62 O.-R. statuiren keine Haftung für fremdes Verschulden; denn sie setzen nicht voraus, dass der Thäter schuldhaft gehandelt habe, lassen vielmehr die Haftung auf die eigene culpa des Ersatzpflichtigen sich gründen; der Inhalt der Obligation des Ersatzpflichtigen bestimmt sich nach Massgabe seines eigenen Verschuldens“.[3])

Es wird also nun in Folgendem meine Aufgabe sein, meine Meinung gegenüber der letztgenannten entgegenstehenden Ansicht zu erhärten.

a. *Sprachgebrauch des 2. Kapitels des 1. Tit. S. O. R. und Verhältniss der beiden Art. 61 und 62 zu Art. 63.*

Zur Begründung seines Satzes stützt sich Dr. Bieder[4]) auch auf den in dem Kapitel von den unerlaubten Handlungen beobachteten

---

[1]) Z. f. schweiz. Recht, n. F. V. S. 327 ff.

[2]) a. a. O. p. 360.

[3]) Gestützt auf die Abhandlung Bieder's stellt sich ohne Weiteres auf den gleichen Boden: Zeerleder, Haftpflichtgesetzgebung p. 30.

[4]) a. a. O. p. 347.

Sprachgebrauch, indem er sagt, dass überall da, wo nicht ein „Verschulden" zur Geltung gebracht werden soll (Art. 61, 62, 58, 67, 57, 65) das Wort „verursachen" oder „anrichten" gebraucht werde, im entgegengesetzten Fall aber „zufügen" oder „verschulden" (Art. 50, 61, Abs. 1). Dagegen ist einzuwenden: Erstens erscheint diese Unterscheidung in zwei Fällen nicht consequent durchgeführt trotz der geschickten Erklärung Bieder's (bei Art. 60, Abs. 3, wo vom „Begünstiger" „verursachen" gebraucht wird, sagt er, das „Verschulden" gelange hier eben schon in dem Ausdruck Begünstiger zur Geltung und brauche nicht mehr wiederholt zu werden! bei Art. 64, Abs. 1 hätten eben *alle* schädigenden Handlungen der besondern Gesetzgebung vorbehalten werden wollen; hier bezeichnet also „verursachen" auf einmal das nicht schuldhafte *und* das schuldhafte Handeln!). Zweitens glaube ich nicht, dass der Gesetzgeber eine derart subtile Unterscheidung, die so schwer wiegende Consequenzen hat, mit Absicht aufgestellt hat. Warum hat er dann *vier* Ausdrücke gebraucht und nicht nur zwei deutlich von einander unterscheidbare, die vollkommen genügt hätten? Drittens ist sicher anzunehmen, dass der Gesetzgeber, wenn er darauf wirklich hätte Gewicht legen wollen, auch für den französischen und italienischen Text Wendungen gefunden hätte, die geeignet gewesen wären, diesen Unterschied auszudrücken; aber da ist überall das gleiche Wort (causer, cagionare) gebraucht!

Auf einen fernern Punkt zur Widerlegung der Ansicht Bieder's weist er uns selbst hin, indem er das Verhältniss der Art. 61 und 62 zu Art. 63 berührt.[1]) Art. 63 lautet: „Dem nach Massgabe der Artikel 61 und 62 Ersatzpflichtigen steht das Rückgriffsrecht gegen den Thäter zu, so weit dieser für seine Handlungen verantwortlich erklärt werden kann". Bieder meint nun kurz: dieser Art. 63 sei nur eine weitere Ausführung der Art. 61 und 62, und könne höchstens zu deren Interpretation herbeigezogen werden, wenn diese nicht an sich schon ein klares Resultat ergeben. Dies thäten sie aber, also müsse Art. 63 als Nebenartikel sich beugen vor den beiden Hauptartikeln, wenn sein Wortlaut deren Auslegung entgegenstehe. Warum diese

[1]) a. a. O. p. 352.

Hintansetzung des Art. 63? Nach meiner Meinung bringen alle 3 Artikel zusammen das System der Haftung für das (aquilische) Verschulden Dritter zum Ausdruck, wie es nach S. O. R. gelten soll! Alle 3 haben völlig gleichen Werth. Art. 61 und 62 regeln das Verhältniss nach aussen, Art. 63 nach innen d. h. zwischen Haftendem und Thäter. Diese oben genannte eventuelle culpa, die nach aussen (dem Beschädigten) den Weg bahnen musste zur Einholung des Ersatzes, ist nun eben doch nicht gross genug, um den Haftenden auch nur einen Theil des Schadens tragen zu lassen. Er hat ein Rückgriffsrecht gegen den Thäter, jedoch nur „soweit dieser für seine Handlungen verantwortlich erklärt werden kann". Wen betrifft dieser Zusatz? Zunächst jedenfalls die unzurechnungsfähigen Personen[2]), soweit nicht allfällig Art. 58 Platz greift; nicht aber auch z. B. den Kutscher, dessen Pferd aus irgend einer Ursache durchgebrannt ist *ohne des Kutschers Schuld* und Schaden verursacht, und dessen Herr sich nicht hat liberiren können durch den Beweis. Bieder bejaht jedoch auch dieses, wiewohl ihm, wie er selbst zugesteht, der Wortlaut von Art. 63 dazu unbequem ist. Denn es ist ja eigentlich klar, dass der Kutscher nicht unter diejenigen gehört, die für ihre *Handlungen* nicht verantwortlich erklärt werden können! Auch der französische und italienische Text gebrauchen hier in gleicher Weise den Pluralis (pour autant qu'il peut être déclaré responsable de ses actes; in quanto questi possa esser dichiarato responsabile delle proprie azioni). Damit scheint mir deutlich gesagt zu sein, dass mit diesem Zusatze nur solche Personen gemeint sein sollen, die sich überhaupt in einem Zustand der Unzurechnungsfähigkeit befinden. Was daraus weiter folgt, soll sofort auseinandergesetzt werden.

b. Ein Verschulden des Thäters muss vorhanden sein.

Wie ich soeben ausgeführt, kann der in Art. 63 genannte Thäter nicht eine zurechnungsfähige Person sein, die einfach bei Entstehung des Schadens kein Verschulden trifft. Warum hat aber der Gesetzgeber diesen Fall nicht auch erwähnt, obschon ihm

[2]) denn auch solche können nam. in Art. 61 in der Rolle des Thäters erscheinen.

dieses ein Leichtes gewesen wäre? Ich glaube einfach deswegen, weil er von vorneherein annahm, dass ein solcher Fall nicht zu der von den Art. 61—63 geregelten Gruppe von Fällen gehöre. Es würde also aus dem Wortlaut des Art. 63 folgen, dass den Thäter des Art. 61 oder 62, sobald er zurechnungsfähig ist, ein Verschulden treffen muss. Diesem für den Standpunkt Bieders verhängnissvollen Rückschlusse will er eben durch die oben angeführte, wie mir scheint nicht gerechtfertigte Hintansetzung des Art. 63 aus dem Wege gehen (a. a. O. p. 352).

Aber es ist nicht einmal nöthig, den Umweg über Art. 63 zu machen, um zu zeigen, dass in den Fällen der Art. 61 und 62 auch auf Seiten des Thäters ein Verschulden vorhanden sein muss. Denn meines Erachtens geht dies einfach aus dem Sinn des ganzen zweiten Kapitels des ersten Titels des S. O. R. hervor. Dieses behandelt ja die Entstehung der Obligationen durch unerlaubte Handlungen, von dem Grundsatze ausgehend, dass derjenige, der einem Andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, zum Ersatze verpflichtet wird. Nun aber, argumentirt es weiter, werden im Leben oft Fälle vorkommen, in denen es dem Geschädigten nichts nützen wird, wenn er sich auch an den Thäter halten kann, weil dieser unselbständig ist und kein Vermögen besitzt. Da sollen nun die Art. 61—64 helfen. Sie lassen einen, ich möchte sagen, in jeder Beziehung „hablichern" an Stelle des eigentlichen Thäters eintreten. Wie dies zu rechtfertigen ist, ist oben schon auseinander gesetzt worden. Hier genügt es, wenn darauf hingewiesen wird, dass die obligationserzeugende Thatsache nicht verändert oder verschoben wird, sondern immer die gleiche bleibt, nämlich die That oder Unterlassung des eigentlichen Thäters. Diese obligationserzeugende Thatsache ist aber wie gesagt eine unerlaubte Handlung und dieser muss eine culpa zu Grunde liegen, *neben* welche dann die auf Seite des Haftenden präsumirte eventuelle culpa tritt. Die unerlaubte Handlung ist aber erst dann vorhanden, „wenn den Thäter der Vorwurf böswilligen oder leichtfertigen Handelns trifft"[1]). So komme ich zu dem Satze,

[1]) Schweiz. Bundesgericht: Bl. f. handelsr. Entsch. X. (1891) p. 148.

den Dr. C. Stooss in seinem Referate am schweizer. Juristentag in Schaffhausen (1886) aufstellt[1]), „dass die Schuldpräsumption zu Lasten des Haftenden nur einen Sinn habe, wenn feststehe, dass das Kind oder der Angestellte *schuldhaft* gehandelt haben oder dass sie sich in einem Zustand der Unzurechnungsfähigkeit befanden". Der Wichtigkeit der Sache wegen mag auch noch ein Satz Ziegler's angeführt werden, in dem er bei Anlass seines genannten Referates Folgendes sagt[2]): „Dieser allgemeine Grundsatz (dass der Schaden widerrechtlich müsse zugefügt worden sein) ist auch in Art. 50, der von der directen Haftung des Schädigers selbst spricht, aufgenommen und daher wohl hier (bei Art. 62) als unnöthig nicht wiederholt worden, von der Erwägung ausgehend, dass, wer für einen andern einstehen müsse, selbstverständlich nie für mehr haftbar sei, als dieser Andere selbst".

c. Der Nachweis des Verschuldens des Thäters ist von Bedeutung.

Man könnte nun noch einwenden, dass, zugegeben auch, es müsse bei zurechnungsfähigen Thätern bei Art. 61 und 62 ein Verschulden vorliegen, auf dieses nichts ankomme, dass die Sache sich gleich verhalte, auch wenn dieses nicht nachgewiesen sei. Dem verhält sich aber meines Erachtens nicht so. Im Gegentheil ich glaube, es wird von dem Nachweise der Schuld oder Nicht-Schuld des Thäters sogar die Haftung oder Nicht-Haftung des Uebergeordneten abhangen können. Dr. P. E. Junier sagt in seiner Abhandlung: „La responsabilité civile du maître et du patron d'après l'art. 62 du C. O."[3]) geradezu ganz kurz, dass der Patron *nur dann* verantwortlich zu erklären sei für seinen Untergebenen, wenn die Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit dieses letztern bewiesen werde. Ich möchte nicht so weit gehen; ja, ich darf sogar dem Satze Bieder's beistimmen, dass der Verletzte in keinem Falle ein Verschulden des Thäters zu erweisen habe[4]) (er wird dies zwar gewöhnlich implicite mit

---

[1]) Z. f. schweiz. Recht. n. F. V. p. 622.
[2]) Z. f. schweiz. Recht. n. F. VII. p. 489.
[3]) Revue judiciaire. 1884. p. 353.
[4]) a. a. O. p. 349.

dem Nachweise der Schadenstiftung oder dann auch sonst in seinem eigenen Interesse thun), und glaube dennoch bei meiner Ansicht verharren zu können, indem ich sage, dass die Sache sich verschieden gestalten werde, je nachdem es dem Haftenden selbst in seinem eigenen Gegenbeweis gelingen wird oder nicht, nachzuweisen, dass auf Seite des Thäters kein Verschulden vorliege. Gelingt ihm dies wirklich, so ist damit klar gelegt, dass beim Thäter kein obligations-erzeugendes Moment vorhanden ist; dieser soll also aus dem Spiel gelassen werden; Art. 61 oder 62 ist nicht mehr anwendbar. Als Folge davon sind nun zwei Fälle möglich: entweder ist auch kein solches Moment auf Seite des als Haftender Belangten vorhanden, dann ist er eben von allem Ersatz frei; oder es zeigt sich ein solches bei ihm selbst; er muss in diesem Fall nach Art. 50 belangt werden, bei dem aber der Beweis der Widerrechtlichkeit der Handlung dem Kläger zufällt. Solchen Einfluss schreibe ich dem Nachweise des Nicht-Verschuldens des Thäters zu.

Dass übrigens, wie aus den bisherigen Ausführungen hervorgeht, dem Handeln und Unterlassen des Thäters ein Verschulden zu Grunde liegen muss, und dass der Nachweis dieses Verschuldens von Wichtigkeit ist, sprechen auch *die Gerichte* mehr oder weniger direct aus; auch sie verlangen den Nachweis des Verschuldens des Thäters. Namentlich steht, wie auch Bieder[1]) zugibt, das Bundesgericht auf diesem Boden. Statt verschiedener blosser Citate mögen hier die bezüglichen Aussprüche des Bundesgerichts aus zwei Entscheidungen Platz finden: so sagt dasselbe in seinem Urtheil i. S. schweizer. Creditanstalt c. schweizer Postfiscus:[2]) „Eine Schadensersatzklage, basirt auf dem Art. 62 S. O. R., kann nur dann als begründet erscheinen, wenn einerseits *gezeigt ist, dass ein Angestellter der (schweizer.) Post eine aussercontractliche culpa sich habe zu Schulden kommen lassen* und anderseits, dass diese culpa in einem Causalzusammenhange stehe mit dem vom Kläger erlittenen Schaden;" ferner i. S. Schindler c. Schwyz:[3]) „Dritte Personen haften nur ausnahmsweise kraft

---

[1]) a. a. O. p. 365.

[2]) B. E. X, 587 (citirt nach: Repert. di giurispr. 1884 p. 1060).

[3]) B. E. XII, 232.

besonderer Bestimmungen des Gesetzes. Eine besondere (auf einer Präsumption des Verschuldens beruhende) Haftbarkeit statuirt nun allerdings Art. 62 für den Geschäftsherrn mit Bezug *auf Delikte* seiner Angestellten." — Von den kantonalen Gerichten sprechen sich die meisten über diesen Punkt ebenso aus wie das Bundesgericht, oder äussern sich darüber gar nicht, weil in casu dies nicht nöthig. Einzig zwei kantonale Urtheile sind mir zu Gesicht gekommen, auf die ich noch etwas näher einzugehen habe, da sie gerade das Gegentheil von dem sagen, was ich ausgeführt. So kommen die Basler Gerichte im Fall der Wittwe Hägler c. Fuhrhalter Keller auf den Satz: [1]) „Aber die Thatsache, dass keine culpa auf Seiten des Frei (des Thäters) besteht, befreit den beklagten Keller noch nicht von der Verantwortlichkeit. In der That verlangt Art. 62 keine culpa von dem Thäter". Zur Widerlegung dieses Satzes und zugleich zur Bestätigung des oben Gesagten, kann ich die weitere Begründung des citirten Basler-Urtheils selbst benützen: nachdem diese nämlich noch dargethan, dass der Haupturheber des in casu geschehenen Unglückes der Fuhrhalter Keller selbst sei, fährt sie fort: „Das, was das Unglück verschuldet, ist nicht die Handlung oder Nachlässigkeit des Kutschers (Thäters), sondern die Natur des Pferdes, das für einen solchen Dienst nicht passte. Daher ist Keller nicht allein nach Art. 62 verantwortlich, weil das Pferd im Momente des Unglücks sich unter der Obhut des Angestellten befand (!), sondern auch direct durch seine eigene Schuld nach Art. 50 und als „Halter" des Pferdes nach Art. 65!" Nach meiner Meinung kommt hier Art. 62 überhaupt gar nicht in Betracht, [2]) sondern in diesem speciellen Fall kommt nur Art. 65 zur Anwendung. — Auch die Appellationskammer des zürch. Obergerichts lässt sich folgendermassen vernehmen: [3]) „Nach Art. 62 haftet der Geschäftsherr für den Schaden, welchen seine Angestellten in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, ohne Rücksicht darauf, ob die Arbeiter oder Angestellten eine

[1]) Repertorio di giur. 1887 p. 321.

[2]) Diese Ansicht finde ich in der Hauptsache bestätigt durch eine Entscheidung des bern. Appell.- und Kassat.-Hofes: Z. des bern. Jur.-Vereins XXIV, 35.

[3]) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. V (1886) 110.

Schuld dabei trifft oder nicht". Wie wenig darauf in Wahrheit Rücksicht zu nehmen ist, kann wiederum dem betreffenden Urtheil selbst entnommen werden, das nämlich umständlich darzulegen sucht, dass die betr. beiden Thäter schuldhaft gehandelt haben. Bei dieser Gelegenheit sei auch noch auf ein späteres Urtheil des zürch. Handelsgerichtes hingewiesen, worin ebenfalls eine schuldhafte Handlung des Thäters besonders nachgewiesen wird, um die fragliche Haftung des Uebergeordneten zu begründen. [1])

d. Der Inhalt der Obligation bestimmt sich nach dem Verschulden des Thäters. Stellung der culpa des Haftenden.

So viel mag genügen zur Begründung meiner Ansicht betr. die Nothwendigkeit eines Verschuldens seitens des Thäters und zur Widerlegung des Satzes von Bieder, dass die Artikel 61 und 62 nicht voraussetzten, dass der Thäter schuldhaft gehandelt habe. Consequenterweise stimme ich aber auch nicht bei, wenn Bieder weiter sagt: „Der Inhalt der Obligation des Ersatzpflichtigen bestimme sich nach Massgabe seines eigenen Verschuldens". Mir scheint Verschiedenes darauf hinzudeuten, dass dies nicht der Fall ist.

Vorerst kommt man bei dem Satze Bieders unwillkürlich zu der Frage: Warum hat sich denn der Gesetzgeber nicht mit Art. 50 begnügt, wenn doch überhaupt auch bei Art. 61 und 62 die culpa des Ersatzpflichtigen massgebend sein soll? Es ist ja feststehend, dass unter Art. 50 auch „Unterlassungen" fallen können! [2]) Warum denn z. B. für culpose Unterlassungen eines Familienvaters, eines Geschäftsherrn noch besondere Bestimmungen? Bieder [3]) sagt dazu, dass es eben Fälle gebe, da es sehr schwer für den Richter sein würde, festzustellen, ob die betr. Unterlassung eine objectiv widerrechtliche gewesen, weil nicht constatirt wäre, dass eine Rechtspflicht zum unterlassenen Handeln bestanden hätte. Um den Richter diesen Schwierigkeiten

---

[1]) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. IX (1890) 342.

[2]) Vgl. z. B. Journal des trib. 1885 p. 197 (Bundesgericht i. S. Weber c. G. B.).

[3]) a. a. O. p. 364 f.

zu entrücken, habe der Gesetzgeber Art. 61 und 62 aufgestellt. Diese seien da, um solche Rechtspflichten für gewisse Lebensverhältnisse festzustellen. Wenn nun aber nur dies der Zweck dieses Artikels ist, so möchte ich zunächst wiederum fragen: Warum ist dann das Gesetz nicht consequent? d. h. warum verändert es hier die Beweislast? Wenn doch die Artikel 61 und 62 dem Artikel 50 zu Hülfe kommen sollen, d. h. für gewisse Verhältnisse die Grenze ziehen sollen, was noch als Rechtspflicht gelten kann und was nicht, wenn sie dem Richter es leichter machen sollen zu bestimmen, wann eine objektiv rechtswidrige Handlung vorliege, warum dann noch im Specialfall entgegen dem Vorgange im Hauptfall dem Kläger den Beweis der culpa des Unterlassenden abnehmen und den Beweis des Nicht-Verschuldens dem Beklagten auferlegen? Alles dies sind Fragen, auf die eine befriedigende Antwort nicht gefunden werden kann. Eine Inconsequenz des Gesetzes bleibt bei dieser Auslegung desselben immer bestehen. Schon diese und dann in eben so hohem Masse die ganze Redaction der 3 Artikel 61—63, lassen uns meiner Meinung nach nicht im Unklaren, dass wir uns mit der Ansicht Bieders nicht auf dem richtigen Boden befinden. Gewiss hätte der Gesetzgeber eine Form finden können, die diese Ansicht unzweideutig hätte ausdrücken können!

Gemäss meinen frühern Ausführungen glaube ich, auch an dieser Stelle nochmals betonen zu sollen, dass es überhaupt nicht der Zweck dieser Artikel sein kann, zu sagen: Wir wollen dem Richter ein Wegweiser sein! darum setzen wir für die Personen, denen eine häusliche Aufsicht obliegt, fest, dass sie das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt anzuwenden haben, für die Geschäftsherrn, dass sie alle erforderliche Sorgfalt anzuwenden haben; thun sie das nicht, so ist diese Unterlassung eine objektiv rechtswidrige. Wenn sie sich dabei in culpa befinden, so haben sie für diese einzustehen gemäss dem Prinzip des Art. 50. Dies ist wie gesagt keineswegs die Absicht dieser Artikel. Das, was denselben hier als Zweckbestimmung unterlegt wird, ist ihnen nur Mittel zum Zweck. Dieser ist, den Beschädigten in möglichst vielen Fällen zum Ersatz seines Schadens kommen zu lassen. Zu diesem Behufe schien es aber dem Gesetz-

geber nöthig, zu bestimmen, dass bei gewissen Schadenszufügungen ein Anderer als der Thäter selbst belangt werden könne, wohlverstanden aber, für das Thun oder Unterlassen *des Erstern* (des Thäters). Die gewissen Lebensverhältnisse, bei denen dies der Fall, nennt er nun in diesen Artikeln und bestimmt zugleich ihre Grenzen und spricht dann, gestützt auf diese Voraussetzungen, die von dem Princip des Art. 50 abweichende Haftung für fremdes Verschulden aus.

Aber, kann man hier fragen, was hat denn bei dieser Construction die culpa des Haftenden zu thun? Wenn ja das Gesetz auf dem Boden der Schuldpräsumption steht, muss es also eine Schuld des Haftenden voraussetzen! Welche Rolle spielt denn diese? Zunächst kann ich als Antwort auf diese Frage auf das verweisen, was ich früher[1]) gesagt habe. Der Widerspruch zwischen meinem soeben verfochtenen Standpunkt und dem System des Gesetzes ist nur ein scheinbarer. Ich kann zu den Ausführungen, auf die ich vorhin verwiesen, noch Folgendes hinzufügen: Damit Art. 61 und 62 zur Anwendung kommen können, müssen zwei Verschulden vorliegen; das eine, das Hauptverschulden ist dasjenige des Thäters, *für* das der Haftende eintritt, das andere, das Nebenverschulden, ist dasjenige des Haftenden, *wegen* dessen er einstehen muss. Die berührten Lebensverhältnisse sind eben derartig beschaffen, dass, sobald die hier als Thäter auftretende Person sich eine Schadensstiftung hat zu Schulden kommen lassen, vorausgesetzt werden muss, dass noch eine andere Person ebenfalls in Schuld sei. Ist diese Voraussetzung nicht richtig, d. h. kann das Gegentheil bewiesen werden, tritt auch die Haftung dieser andern Person nicht ein. Im umgekehrten Fall aber muss diese Person, da sie durch ihr Verhalten, durch ihre erste Schuld, die allgemeiner Natur ist, die Schadenszufügung möglich gemacht, deswegen für die letztere einstehen: in die durch die Schädigung erzeugte Obligation tritt sie als Schuldner ein. *Der Inhalt der Obligation* ist aber der Ersatz des Schadens, den zunächst und direct das *Hauptverschulden,* d. h. das Verschulden des eigentlichen Thäters verursacht hat.

---

[1]) oben S. 21.

Die Höhe der Entschädigung festzusetzen, ist Sache des Richters. Dabei muss er sich halten an die Vorschriften, wie sie zu diesem Zweck für den Art. 50 aufgestellt sind; so gelten namentlich auch die Art. 51 und 54 für die Verhältnisse der Art. 61 und 62[1]). Diese beiden Artikel resp. deren Anwendung sind uns besonders wichtig zur Beleuchtung der soeben behandelten Frage. Art. 51 Absatz 1 lässt nämlich die Grösse des Schadenersatzes auch abhängen von der Würdigung sowohl der Umstände als *der Grösse der Verschuldung;* Art 54 stellt bei Körperverletzungen und Tödtungen ebenfalls eventuell ab auf besondere Umstände, namentlich Arglist oder grobe Fahrlässigkeit. Wessen Verschulden kommt nun in unsern Fällen hier in Betracht? wessen Arglist oder grobe Fahrlässigkeit kann den Schadenersatz eventuell erhöhen? Nach Bieder natürlich die Grösse der Verschuldung des Ersatzpflichtigen; denn diese bestimmt nach ihm den Inhalt der Obligation. Ich sage aber, gemäss meiner Ausführung muss es die Schuld des Thäters selbst sein, nicht diejenige des Haftenden. Wenn z. B. ein Pferdehalter einen Knecht anstellt, von dem er weiss, dass er sich hie und da betrinkt, macht er sich einer bestimmten culpa schuldig, die das Ventil öffnet für die eventuelle Haftung. Gewöhnlich aber ist der Knecht in der Betrunkenheit ruhig und führt mit möglichster Sorgfalt das ihm anvertraute Pferd; einmal aber hat er doch nicht genug Macht über sich, er begeht einen Fehler und ein ahnungslos Vorübergehender wird verletzt. Diesem wird natürlich eine angemessene Entschädigung zugesprochen. Nehmen wir nun aber an, der gleiche Knecht wäre an jenem Tage etwas stärker betrunken gewesen, wäre in Folge dessen übermüthig geworden und hätte sich ein Vergnügen daraus gemacht, das Pferd möglichst kühn zu führen, damit die Leute recht in Angst geriethen, und es wird wirklich einer davon, der gerade im Begriffe ist, sich zu schützen, in gleicher Weise wie der erstgenannte verletzt. Hier würde ich dem Verletzten gemäss Art. 54 über den Schadenersatz hinaus noch eine gewisse Geldsumme zusprechen wegen des Verhaltens des *Knechtes,* wegen *dessen* grober Fahrlässigkeit

[1]) vergl. z. B. Revue judic. 1886 p. 205 (Bundesgericht). Semeine jud. 1885 p. 753. Bl. f. handelsrechtl. Entsch. V. (1886) 302 (Kassat.-Gericht Zürich).

In beiden Fällen wird belangt und muss zahlen der Pferdehalter und zwar also in dem einen Eall mehr als im andern, obgleich *ihn selbst* in beiden die *gleich starke culpa* treffen würde. Oder der umgekehrte Fall: Der Pferdehalter stellt neben dem genannten Knecht noch einen zweiten an, trotzdem er von diesem gehört hat, dass er manchmal auf seinen Ausgängen mehr als nöthig trinkt, ja trotzdem er von diesem sogar weiss, dass er jedes Mal, da er über das Mass getrunken, aufgeregt und sogar bösartig wird. Nun geschieht es aber einmal ausnahmsweise, dass auch dieser trotz seines trunkenen Zustandes sich alle Mühe gibt, möglichst sorgfältig das Pferd zu führen. Es geht ihm aber, wie dem andern Knecht im zuerst genannten Fall[1]; er hat nicht mehr genügend Macht über sich und es geschieht ein gleiches Unglück wie dort. Hier soll nun, nach meiner Meinung, der Pferdehalter die gleiche Entschädignng zahlen müssen wie dort, obgleich ihn selbst im zweiten Falle ein grösseres Verschulden trifft, ja er in der That da grob fahrlässig gehandelt hat. Auf seine Schuld kommt eben, sobald einmal entschieden ist, dass er haften soll, nichts mehr an. So hat auch das Tribunal cantonal de Neuchâtel[2] in einem Fall, da Gasarbeiter in einer Wohnung, nach der Arbeit daselbst, die Leitung offen gelassen hatten, und darob in der obern Wohnung ein Mann erstickt war, dessen drei Kinder 8000 Fr. zugesprochen, namentlich in Anbetracht, dass zwei Kinder minorenn und eines davon geistesschwach war. Ich glaube, trotz dieser Umstände hätte das Gericht jedenfalls nicht so hoch gehen können, wenn die Schuld der Vorgesetzten in Betracht gefallen wäre; denn diese Schuld war nicht gross! Anders dagegen verhält es sich, wenn die Schuld der Gasarbeiter in Betracht fällt; denn mehr wie irgend welche andere Leute sind diese verpflichtet, eine Leitung, an der sie gearbeitet, zu schliessen; deren Schuld gegenüber erscheint die Summe keineswegs zu hoch. — Ferner sagt das zürcher. Obergericht in dieser Hinsicht ausdrücklich[3]: Die „besondern Umstände“ des Art. 54

---

[1]) vd. vorhergehende Seite.

[2]) Semaine jud. 1885 p. 494.

[3]) Bl. f. Handelsrechtl. Entsch. V. (1886) 111.

können entweder subjectiv in der grössern oder geringern Verschuldung *dessen, der den Schaden verursacht hat,* oder objectiv in der grössern oder geringern Verletzung gefunden werden".

Ich glaube, nun genügend gezeigt zu haben, dass in den Art. 61 und 62 wirklich eine Haftung für fremdes Verschulden zu suchen ist, wie auch Hafner in seiner Herausgabe des S. O. R. als Inhalt dieser Artikel: „Haftung für Verschulden Dritter" am Rande angibt. Daher brauche ich nicht weiter zu untersuchen, ob Bieder mit Recht Laurent (principes de droit civil français) für seine Meinung anführt, besonders da dies schon von Dr. Stooss in dem erwähnten Referate[1]) *widerlegt* ist.

So komme ich also wieder auf die von mir am Anfang dieses 2. Abschnittes[2]) aufgestellten Sätze zurück und wiederhole nochmals, dass meiner Ansicht nach aus Allem, aus der ganzen Lage der Dinge mit Nothwendigkeit hervorgehen muss, dass auch auf Seite des Thäters unbedingt eine culpa vorhanden sein muss, dass *diese culpa* für alle Eventualitäten, alle Modificationen der Ersatz-Obligation massgebend sei und dass die (oben „eventuelle" genannte) culpa des Haftenden eben nur eine Nebenrolle spiele. Sie ist allerdings nothwendig, um dem Ganzen den Stempel der Gerechtigkeit aufzudrücken, um Ungerechtigkeiten wie sie im franz. Recht vorkommen können und vorgekommen sind, auszuschliessen. — Ich weiss zwar wohl (und bin auch schon darauf eingegangen), dass die zürcher. Gerichte bei der Anwendung der Artikel schwanken und zwar mit mehr Neigung zu der meiner Auffassung entgegengesetzten Ansicht. An dieser Stelle darf ich es nunmehr nicht unterlassen, noch anzuführen, dass die Arbeit Bieder's sich geltend gemacht und gewirkt hat, indem das zürcher. Obergericht nun definitiv ohne weitere Begründung unter einfacher Bezugnahme auf die Abhandlung Bieder's auf dessen Standpunkt übergetreten ist[3]). Für wie richtig und gerecht und dem Sinne des Gesetzes entsprechend ich diese Auslegung halte, geht zur Genüge aus meinen obigen Ausführungen hervor!

---

[1]) Z. f. schweiz. Recht n. F. V. p. 622,

[2]) oben S. 21.

[3]) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. IX. (1890) p. 196/197.

3. Consequenz des sub 2 eingenommenen Standpunktes hinsichtlich der Solidarhaft.

Wie ich soeben ausgeführt habe, sollte, damit Art. 61 und 62 zur Anwendung kommen können, auch auf Seite des Thäters ein Verschulden vorliegen. Sobald dieser zurechnungsfähig ist, kann er selbst also nach Art. 50 S. O. R. belangt werden.[1]) Wir haben demnach hier einen Fall vor uns, da der Beschädigte, der Gläubiger, für den Ersatz des erlittenen Schadens zwei verschiedene Personen belangen kann, somit zwei Schuldner vor sich hat, z. B. den Angestellten, auf den er nach Art. 50, und den Geschäftsherrn, auf den er nach Art. 62 greifen kann. Und zwar stehen beide für die Erfüllung der Obligation ein, die entstanden ist durch das schadenbringende Handeln oder Unterlassen desjenigen, der unter häuslicher Aufsicht steht oder des Angestellten oder des Arbeiters. Ich habe oben gezeigt, dass dies sich nicht ändert, auch wenn nicht der Thäter selbst, sondern der nach Art. 61 und 62 Haftende belangt wird, dass auch in diesem Fall immer das Verschulden des erstern massgebend ist, wenn es überhaupt in Betracht gezogen wird (z. B. bei Art. 51 od. 54). Es haften also Beide immer für das Gleiche: Jeder haftet dafür, dass der Geschädigte zu dem ihm gebührenden Schadenersatze gelange; es liegt also hier eine Solidarhaftung vor. Prof. Dr. G. Hartmann führt in seiner Abhandlung über „Correal- und Solidarobligationen nach S. O. R.“ als „die gemeinschaftlichen Merkmale sämmtlicher Solidarobligationen“ folgende an[2]): „Einerseits liegt hinsichtlich des Zweckmomentes eine Einheit vor, d. h. es ist nur auf eine einmal zu bewirkende Leistung, auf die zu sichernde Herstellung des bestimmten als identisch vorgestellten Erfolges rechtlich abgesehen. Andererseits liegt eine Mehrheit von Schuldnern bezw. von Gläubigern vor und eine entsprechende Mehrheit von rechtlichen Haftungen bezw. von Klagrechten“.[3]) Wie gesagt, liegen factisch bei den hier in Frage kommenden Verhältnissen diese beiden Merkmale vor und wir können also von einer Solidarität der beiden auf Schädiger-Seite in Betracht

---

[1]) vergl. Haberstich, Handbuch zum S. O. R I. p. 179.
[2]) Z. f. schweiz. Recht n. F. VI. 143.
[3]) Vgl. auch S. O. R. Art. 162.

fallenden Personen reden. Was der Geschädigte von dem einen nicht erhält, kann er vom Andern verlangen; er kann auch zugleich Beide auf das Ganze belangen, damit er sicherer gehe. Natürlich darf er aber nicht mehr als einmal Genugthuung und Ersatz seines Schadens erhalten.

Nun könnte man aber einwerfen, das eben Gesagte widerspreche der frühern Ausführung; denn dort sei die culpa des Haftenden als nebensäclich, als accessorisch behandelt worden, und hier werden doch beide Personen einander gleich gestellt; es müsste also ihr Verschulden auch auf gleiche Stufe gestellt werden. Dem ist aber nicht so, braucht auch nicht so zu sein; auch das Gesetz sagt ausdrücklich etwas Anderes. Wenn wir nämlich die innere Seite des Verhältnisses betrachten, sehen wir sofort, wie das Gesetz dennoch in That und Wahrheit das Verschulden des Haftenden als ein nebensächlich hinzutretendes behandelt.

Nach Art. 168 S. O. R. ist es ja möglich, dass die Uebernahme der an einen Gläubiger geleisteten Zahlung seitens der verschiedenen Solidarschuldner je nach dem betreffenden Rechtsverhältnisse verschieden gestaltet sein kann. In unserm Fall hat das Gesetz selbst eine Bestimmung hierüber aufgestellt, indem es in Art. 63 sagt, dass der nach Art. 61 und 62 Ersatzpflichtige ein Rückgriffsrecht habe gegen den Thäter, soweit dieser für seine Handlungen verantwortlich erklärt werden könne, d. h., wie ich früher gezeigt habe, sobald dieser zurechnungsfähig ist oder allfällig Art. 58 Platz greift. Es kann also z. B. der Geschäftsherr das, was er wegen der Handlung seines Angestellten hat bezahlen müssen, von diesem wieder zurückfordern; hierin zeigt es sich wieder deutlich, dass eben das Verschulden des Letztern die Hauptursache und das allein Massgebende ist, dass der Geschäftsherr „nur indirect und accessorisch in die gesetzliche Haftung mit hineingezogen wird“ [1]), dass er eben eigentlich doch für eine fremde culpa eingestanden ist.

Dies erhellt aber auch noch aus einem andern Punkte. Wenn nämlich dem Gesetzgeber der Gedanke vorgeschwebt hätte, es handle sich hier um zwei Verschulden, die auf gleicher Stufe

---

[1]) Hartmann, a. a. O. p. 130.

stehen, so hätte er hinsichtlich der Regelung des Regresses doch einfach auf Art. 60 verweisen können, umsomehr als dort die Bestimmung der Höhe des Regresses in das Ermessen des Richters gestellt ist. Er hat es aber nicht gethan; im Gegentheil, er ist von den Vorschriften über die Haftung mehrerer an einer Schadenzufügung direct Betheiligter abgewichen, er erwähnt das „Ermessen des Richters“ nicht mehr, sondern hat eine eigene klare Regel aufgestellt, die nur von einem Regress des ersten auf den zweiten redet, und die augenscheinlich eine Vertheilung des Schadens nicht bezweckt, sondern dem ersten ein Rückgriffsrecht für die ganze Schadenersatzleistung gibt. Damit scheint er mir doch klar gesagt zu haben, dass man es hier, wenn auch mit einer solidarischen Haftung, doch nicht mit einer solchen aus Art. 60 zu thun habe, wo alle Belangbaren direct betheiligt sind, sondern mit einer ganz eigenthümlichen, verschieden von der erstern wegen der abweichenden Stellung der ersatzpflichtigen Personen und ihres Verschuldens. Auf diesen Unterschied macht auch Prof. Hartmann in seiner citirten Abhandlung aufmerksam, indem er sagt[1]): „Wo bei einem Delicte neben dem zurechnungsfähigen Thäter ein Anderer wegen unterlassener Aufsicht solidarisch haftet, da wird natürlich diesem Andern, wenn er wirklich zahlen musste, unbeschränktes Rückgriffsrecht auf den verantwortlichen Thäter zugestanden (Art. 63). Hingegen über den Regress unter wirklichen Delictsgenossen wird jede eigene positive Entscheidung ganz unterlassen (Art. 60)“. Ebenso spricht sich darüber auch das Bundesgericht sehr deutlich aus (am 15. Novbr. 1889)[2]): „Haben Mehrere aus Fahrlässigkeit widerrechtlich einem Andern Schaden zugefügt, so haften sie, *soweit die Haftung derselben aus Art. 50 O.-R. abgeleitet wird, nach Art. 60* ibidem solidarisch. Soweit dagegen Jemand gemäss Art. 62 als Geschäftsherr des Schädigers neben demselben belangt wird, so ergibt sich die solidarische Haftung *nicht aus Art 60,* sondern liegt ein besonderer Fall gesetzlicher Solidarität vor, indem der Schädiger aus Art. 50 und der Geschäftsherr aus Art. 62 auf Ersatz des ganzen Schadens haftet.“ — Dessenungeachtet steht das zürcher.

---

[1]) a. a. O. p. 119.

[2]) Revue der Gerichtspraxis VIII. (1890) Nro. 18.

Obergericht ausgesprochenermassen und definitiv auf dem Standpunkt, dass Art. 60 auch in den hieher gehörigen Fällen anwendbar sei. Nachdem nämlich das Gericht einen Vater als nach Art. 61 für seinen Sohn haftbar befunden hat, sagt es weiter[1]: „Mit Recht hat sodann die erste Instanz die beiden Beklagten (Vater und Sohn) solidarisch haftbar erklärt und zwar gestützt auf Art. 60 des S. O. R.; denn auch die Haft des Vaters ist als eine solche aus Delict aufzufassen“. Ich glaube, oben genügend gezeigt zu haben, dass der Art. 60 jedenfalls durch Art. 63 für unsere Frage ersetzt und *ausgeschlossen* werden sollte. Damit dieser Art. 60 gelten könnte, müsste der Vater eigentlicher Mitthäter gewesen sein. Er erscheint aber gewöhnlich weder als Anstifter noch als Urheber oder Gehülfe. Ist dies aber einmal doch der Fall, so ist eben seine Handlung ein selbständiges Delict, (was ja auch das Obergericht deutlich sagt). *Dann* ist er jedoch nach Art. 50 zu belangen und ihm sein delictisches Verhalten nachzuweisen. Aber auch, *nachdem* das Bundesgericht den oben angeführten Ausspruch gethan, verharrt das zürcher. Obergericht auf seinem Standpunkt, indem es in einem Entscheid vom 7. Februar 1891 [2]), wo es die Klage an das Bezirksgericht zurückweist zur Abnahme des vom beklagten Geschäftsherrn anerbotenen Beweises, während es den zugleich beklagten Thäter zu 250 Fr. (statt der verlangten 400 Fr.) Schadenersatz verurtheilt, wieder ausdrücklich und direct auf Art. 60 verweist. Consequenterweise wird nun dadurch der Richter ermächtigt, den Regress des einen auf den andern von sich aus zu bestimmen, während nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes, sobald hier auch der Geschäftsherr für die erwähnten 250 Fr. haftbar erklärt wird, er *ohne Weiteres* das Rückgriffsrecht hat *für Alles, was er für denselben hat zahlen müssen* (des Angestellten Verantwortlichkeit ist ja schon nachgewiesen).

Ich brauche kaum nochmals hervorzuheben, dass dieses Haftungssystem in der That den von mir früher erwähnten Billigkeitsrücksichten folgt. Denn, wenn auch der Geschäftsherr von seinem Angestellten, an den er sich zu halten hat, nicht Alles, was er hat zahlen müssen, zurückerhält, ist das weniger ungerecht, als

---

[1]) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. IV (1885) p. 110.

[2]) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. X (1891) p. 108 f.

wenn der Geschädigte selbst davon betroffen würde; denn immerhin trifft ihn ja die indirecte culpa. Umgekehrt kommt es auch dem Angestellten zu gut, wenn er statt des Dritten seinen Geschäftsherrn zum Gläubiger hat. Es ist so für ihn viel eher die Möglichkeit vorhanden, den Schaden nach und nach zu reguliren, die Summe abzuverdienen. Dies wird für ihn auch viel leichter sein, als dem Dritten nach gefälltem Urtheil auf einmal die ganze Summe zu zahlen. Aber auf irgend eine Weise wird eben auch dieser wie jeder Mensch für seine unmittelbare directe culpa einstehen müssen und zwar wo möglich voll und ganz. So erscheint uns das Ganze nicht mehr sonderbar oder gar ungerecht und der Satz, zu dem Bieder kommt: „im System des Art. 61 und 62 hat dieses weitgehende Regressrecht ein etwas fremdartiges Aussehen“ fällt für uns als inhaltsleer dahin.

4. Wer haftet nach Art. 61 und 62?

Nachdem nun festgestellt ist, dass die beiden Art. 61 und 62 auch in den Bereich der vorliegenden Aufgabe fallen, soll noch etwas näher auf die einzelnen Verhältnisse eingegangen werden, die denselben zu Grunde liegen. — Da taucht zuerst die Frage nach den darin vorkommenden Personenkreisen auf. Diese sind in jedem Artikel verschiedene; darum sind dieselben getrennt zu betrachten.

a. Artikel 61.

Auf die Frage: Wer haftet? antwortet das Gesetz hier ganz allgemein: „Wer rechtlich verpflichtet ist, die häusliche Aufsicht über eine Person zu führen“. Dies ist gegenüber dem Vorbild dieses Artikels, dem Art. 1384 des C. N. sehr weit gefasst; denn dieser letztere spricht von ganz bestimmten Personen: le père, et la mère après le décès du mari; ebenso Art. 1153 des codice civile ital. Dies scheint mir ein Fortschritt unseres Gesetzes zu sein. Wo das französische Recht nur concrete Fälle anführt, ist unser Gesetz weiter gegangen und hat die einzelnen Momente gesucht, auf denen obige concrete Fälle beruhen, hat sie gegliedert und als allgemeine Kriterien hingestellt. So ist es unserm Richter ein Leichtes, manches Verhältniss, das seiner ganzen Natur nach

unter diesen Artikel zu subsumiren ist, auch wirklich darnach zu beurtheilen, während dies dem französischen Richter oft grosse Schwierigkeiten verursacht und er entweder gezwungen ist durch weitgehende Analogie zu entscheiden, oder dann gemäss dem Wortlaut des Artikels ein Begehren, das gewiss manchmal nach seiner innern Ueberzeugung begründet ist, abzuweisen.[1])

Indem aber unser Gesetz diesen einen Uebelstand beseitigte, hat es andern Schwierigkeiten gerufen und mit Recht sagt Duplan[2]) davon: „c'est une barrière souple, qui vient remplacer la barrière rigide du code Napoléon: cela peut avoir des avantages, mais il n'est pas difficile d'en voir les inconvénients", Inconvenienzen, die namentlich darin bestehen, bei den nunmehr elastischen Bestimmungen wiederum eine sichere Grundlage zu finden zur Beurtheilung, ob ein Fall oder eine Kategorie von Fällen hieher gehört oder nicht.

Da ist vor Allem aus zu betonen, dass unser Gesetz nur von der *Beaufsichtigung* spricht und *nicht* etwa von der Erziehung.[3]) Darauf kann nicht genug aufmerksam gemacht werden; denn dadurch wird der Personenkreis, der hier in Betracht kommt, wesentlich verändert, ebenso die Kategorie von Fällen. Wir werden dies weiter unten noch sehen. — Im Weitern fällt hier nicht jede Beaufsichtigungspflicht in Betracht, sondern nur diejenige zur *„häuslichen"* Aufsicht. Damit wird bezeichnet der Unterschied von den Verhältnissen, die unter Art. 62 fallen. Auch dort kommt eine gewisse Aufsichtspflicht vor, aber eine, die sich an das „Geschäft" und nicht an das „Haus" knüpft. Diese Nebeneinandersetzung beleuchtet gerade die Bedeutung und den Inhalt des Begriffes der häuslichen Aufsicht. Eine weitere Erklärung dieses Ausdrucks bietet auch der französ. Text, indem er dieses „häuslich" nicht zur „Aufsicht", sondern zu der zu überwachenden Person zieht und von einer „personne de sa maison" redet. Die betr. Person soll also zu seinem Haushalt gehören, wobei aber der

---

[1]) Betr. solche Fragen vgl. nam. Laurent, principes de droit civil français XX No. 554 ff.

[2]) La responsabilité à raison du fait d'autrui. Diss. Laus. 1884, p. 255.

[3]) Vgl. nam. eine Entscheidung des zürch. Obergerichts über diesen Punkt: Bl. f. handelsrechtl. Entsch. VII (1888) p. 73.

Begriff des Haushalts nicht eng zu nehmen ist. — Aber auch nicht jede „häusliche Aufsicht" wird von Art. 61 in Betracht gezogen, sondern nur diejenige, die einer „rechtlichen" Pflicht entspringt. Es sollen nicht Personen, die vielleicht äusserlich oder moralisch gezwungen, eine solche Aufsicht ausüben müssen, oder die aus purer Gefälligkeit sich derselben unterzogen haben, unter den Bestimmungen dieses Artikels leiden. Bei diesem Punkt ist noch darauf hinzuweisen, dass hier die drei Texte sprachlich von einander abweichen. So sagt der französ. Text statt „rechtlich" „légalement"; nach der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes: „gesetzlich" wäre dies eine entschieden zu enge Fassung; denn rechtlich verpflichtet zur häuslichen Aufsicht kann Jemand sein, ohne dass das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt. Doch sagt Duplan[1]), dass dieses Wort auch in der weitern Bedeutung unseres „rechtlich" verstanden werden könne. Umgekehrt geht der italienische Text viel zu weit, indem er nur von rapporti domestici redet, in Folge deren Jemandem die Aufsicht obliege, und weder von einer rechtlichen noch von einer gesetzlichen Pflicht etwas sagt. Es muss in Folge dessen jedenfalls dieser Begriff der „häuslichen Beziehungen" sehr eng gefasst und in einem besondern Sinne verstanden werden; sonst könnten darnach Fälle hier hineingezogen werden, die, wie wir oben gesehen, nach dem deutschen Text in keinem Falle darunter subsumirt werden dürften.

Wenn wir nun an Hand des Ausgeführten noch etwas näher darauf eingehen, welche bestimmten Personen diese Haft trifft, so tritt uns als Normal- und gewöhnlichstes Verhältniss entgegen, dass der Vater für seine Kinder haftet, aber, ist sofort hinzuzufügen, lange nicht in so vielen Fällen, wie er gemäss des C. N. eintreten muss. Dort haftet ja z. B. die Mutter nur im Falle des Todes des Vaters. Bei uns, wo das Moment der Aufsicht als Grundlage zu benutzen ist, wird diese in mehr Fällen an seine Stelle treten. Denn es ist ja *Elternpflicht*, die Kinder zu beaufsichtigen. Solange nun beide da und im Stande sind, dies zu thun, wird es natur- und gewöhnlich auch gesetzmässig der Vater sein,[2]) der für unsere Frage in Betracht kommt. Ist

[1]) a. a. O. p. 252.

[2]) Vgl. z. B. per Analogie Zürch. privatrechtl. Gesetzbuch § 585 u. § 657.

aber der Vater aus irgend einem Grunde verhindert, dieser seiner Pflicht nachzukommen, so wird meines Erachtens ohne Weiteres die Mutter an seine Stelle treten, d. h. die Verantwortlichkeit übernehmen müssen. Als unterscheidendes Merkmal finde ich am besten die Beantwortung der Frage: Wer hat die disciplinarische Gewalt? oder eventuell wer soll dieselbe haben? An Hand dieser Richtschnur möchte ich sogar sagen, es sollte beim gleichen Kinde ein Wechsel in Betreff der Haftung für dasselbe eintreten gemäss seinem Alter. In den ersten Jahren des Kindes wird es namentlich die Mutter sein, der vor allen andern Personen die Pflicht der häuslichen Aufsicht zukommt. So sagt z. B. auch Prof. Schneider's Commentar zum zürch. privatrechtl. Gesetzbuch zu § 637: „Das Kind steht in den ersten Lebensjahren der Mutter näher als dem Vater; jene ist auch zur Pflege desselben besser geeignet als dieser. Es erheischt daher die Rücksicht auf die Wohlfahrt des Kindes, dass dasselbe in den ersten Jahren der mütterlichen Sorge überlassen werde, wenn nicht ganz ausnahmsweise Verhältnisse eine Abweichung von dieser Regel rechtfertigen“.[1]) (Natürlich hängt es dann eben von der vermögensrechtlichen Stellung der Ehegatten ab, ob das Einstehen-Müssen der Frau nicht dennoch den Mann trifft. Diese Frage, als einem andern Gesichtspunkt entspringend, berührt uns hier nicht.) Später wird dann der Vater an Stelle der Mutter treten, aber auch dies, gemäss oben ausgesprochenem Grundsatze nur dann, wenn er um die Kinder ist, d. h. die factische Aufsicht führen kann. So finde ich ganz zutreffend den Satz, den das zürch. Obergericht ausspricht anlässlich des soeben berührten Falls:[2]) „Unter allen Umständen aber kann von einer Einerkennung des Gottlieb Geiser (des Stiefvaters des Thäters) deshalb keine Rede sein, weil derselbe sich darauf beruft, dass er während des ganzen Jahres ausserhalb des Hauses in seinem Berufe arbeite“, ebenso ein Urtheil des Obergerichtes von Baselland[3]), das die Mutter als die richtig Beklagte bezeichnete, dieweil der Vater sich in Untersuchungshaft befand. Dagegen scheint mir mehr von den Regeln des C. N. beeinflusst zu sein ein Entscheid

---

[1]) Vgl. auch Bl. f. handelsrechtl. Entsch. IV (1885) p. 42 Erwägg. 3.

[2]) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. IV (1885) p. 42.

[3]) Repertorio di giurispr. 1886 p. 431.

der cour de justice civile de Genève[1]), der den Vater eines Knaben, der auf dem Lande wohnte, trotzdem jener in der Stadt abwesend war, dennoch für eine Unvorsichtigkeit des Letztern haftbar erklärte. — Zu der eben angegebenen Stellung der Mutter meint Duplan:[2]) „Il est juste, que la mère subisse les conséquences de la manière plus élevée dont son rôle et sa situation sont compris dans ce siècle“.

Ferner ist dem Vater gleichzustellen der *Stiefvater*: er soll an Stelle des ersten Vaters treten, also mit ihm auf gleicher Stufe stehen, d. h. ebenso wie er die Aufsicht über die Kinder ausüben, wie dies Pflicht seines Vorgängers war. — Noch natürlicher finde ich es, dass ebenfalls dem eigentlichen Vater gleichsteht der *Adoptivvater;* denn auch in Bezug auf diese Haftung wird man sagen müssen, adoptio enim naturam imitatur. Ich glaube nicht, dass der Adoptivvater gegebenen Falls so beklagenswerth sein wird, wie Duplan[3]) dies darstellt; (er habe ja das Kind nicht selbst erzogen und ähnl.!) Dafür sorgt der Ernst, den die Gesetzgebungen der Adoption beilegen.[4])

Bei der *Ehescheidung* wird es darauf ankommen, wem die Kinder zugetheilt werden; denn, wem das Recht zuerkannt wird, das Kind zu haben, der hat auch die Pflicht, für dasselbe einzustehen.

Nicht von vornherein einleuchtend ist die Haftung des *Vormundes* für sein Mündel. Für das französ. Recht sind die Meinungen getheilt. Laurent[5]) und Duplan[6]) verneinen diese Haftung; schon des Wortlautes von Art. 1384 wegen schliesse ich mich ihnen an. Anders verhält es sich aber mit unserm Recht. Da kommt nun eben wieder die weitere Fassung des Art. 61 zur Geltung. Darnach möchte ich, wiederum mit Duplan[7]), die Haftung des Vormundes annehmen, aber nur für den Fall, dass ihm die

---

1) Semaine judic. 1886 p. 581.

2) a. a. O. p. 256.

3) a. a. O. p. 257 f.

4) Vgl. z. B. Zürch. privatrechtl. Gesetzbuch §§ 714 ff. (besonders Commentar von Prof. Schneider zu § 716).

5) principes XX, 555.

6) a. a. O. p. 135 ff.

7) a. a. O. p. 256.

richtige Aufsicht möglich ist, d. h. der Vögtling bei ihm wohnt. Erst dann kann man mit Recht sagen, der Vormund trete an die Stelle des Vaters. Die *factische* Möglichheit der Ausübung von dessen Gewalt ist von massgebender Bedeutung.

Aus gleichen Gründen erstreckt sich diese Haftung auch auf solche Personen, die sich speziell der Pflege eines Kindes annehmen, sei es nun, dass sie dies aus familiären Rücksichten thun (z. B. wenn ein *Onkel* seinen Neffen bei sich aufnimmt), sei es, dass sie sich daraus einen Verdienst verschaffen, z. B. *Institutsvorsteher*, welche die Zöglinge bei sich in ihrem Institut unterrichten und zugleich dort verpflegen, oder dass es bei ihnen sonst Sitte ist, junge Leute bei sich zur weitern Ausbildung aufzunehmen z. B. *Lehrherren,* deren Lehrlinge für freie Station arbeiten. Diese Personen treten mit freiem Willen an Stelle des sonst verantwortlichen Vaters.

Nicht als so unzweifelhaft möchte ich jedoch der Haft des Vaters gleichstellen diejenige des *Lehrers* für seine Schüler, wie es z. B. der Commentar von Schneider & Fick thut. Das alte zürcher. Recht (§ 1873) stellt zwar hinsichtlich unserer Frage die Lehrer während der Schulzeit dem Vater unbedingt gleich. Mir scheint es, dass auch da eine bestimmte Grenze zu ziehen ist bezüglich des Alters der Schüler. Es haben zwar alle Lehrer jeder Stufe das Recht und die Pflicht der Beaufsichtigung der Schüler, aber mit einem bestimmten Zeitpunkt hört diese Aufsicht auf, eine häusliche zu sein. Nur in der ersten Schulperiode hat die Beaufsichtigung noch diesen Charakter, und es kommt mir vor, dass die Strömung der Zeit dahin geht, diese Periode noch zu verkürzen. Es mag dies als eine Lücke erscheinen in dem System der Haftung, aber sie liegt in der Natur der Verhältnisse. Je höher der Schüler steigt, desto mehr entfernt er sich von seinem Lehrer hinsichtlich der häuslichen Aufsicht seitens des letztern. Diese wird geradezu unmöglich. — Am weitesten würde sich hier der deutsche Text dehnen lassen; am wenigsten aber passen die rapporti domestici des italienischen.

Ebenfalls in verschiedenen Beziehungen zu scheiden sind die *Dienstbotenverhältnisse.* Die erste Frage wird hier sein: Gehört der betr. Dienstbote zu einem Geschäft oder zu einer

Haushaltung? Diese Unterscheidung wird in der Hauptsache leicht zu machen sein. Die letztern Verhältnisse möchte ich dann unter Art. 61 weisen, trotzdem der C. N. ausdrücklich jedes Dienstbotenverhältniss dem Geschäftsverhältniss gleichstellt. (Das alte zürch. Recht stellt sie wie überhaupt auch die Haftung des Geschäftsherrn derjenigen des Vaters gleich). Das gewöhnliche Dienstbotenverhältniss hat trotz des entgegenarbeitenden Wirkens der modernen Anschauungen immerhin noch einen familienrechtlichen Charakter bewahrt[1]). Hier kann man mit mehr Grund als in manchen der oben berührten Fälle von rapporti domestici, von einer personne de sa maison reden. Auf diese Weise geht man auch der oft schwierigen Beantwortung der heiklen Frage aus dem Wege: Was gehört zu den geschäftlichen Verrichtungen eines Dienstboten (z. B. eines sogen. „Mädchen für Alles") und was nicht? — Natürlich wird die Aufsichtspflicht seitens des Dienstherrn hier in manchen Punkten nicht so gross sein wie gegenüber den bis jetzt genannten Personen.

Anknüpfend an das Dienstbotenverhältniss möchte ich noch darauf hinweisen, dass gegebenen Falls sogar der Dienstbote selbst nach Art. 61 belangt werden könnte. Z. B. es engagirt Jemand eine Bonne, der er die Pflege und Besorgung eines Kindes voll und ganz überlässt; auch diese ist dann „rechtlich verpflichtet, die häusliche Aufsicht zu führen" über das Kind. Aber es haftet daneben noch der Vater; denn dieser kann, solange das Kind bei ihm wohnt, sich jedenfalls der väterlichen Verantwortung nicht aus freien Stücken entschlagen. Ja, er haftet eventuell für den Dienstboten selbst, wenn diesem bei der Schädigung ein directes schuldhaftes Verhalten zur Last fällt.

Eine weitere interessante Frage, die auch schon zur Beurtheilung gekommen ist, ist noch die: Ist der *Ehemann* auch für die schadenstiftenden Handlungen seiner Frau verantwortlich zu machen nach Art. 61? Ich möchte darauf mit einem entschiedenen Nein antworten. Nach meiner Meinung hat der Ehemann nicht die rechtliche Pflicht der häuslichen Aufsicht über die Frau, wie diese von Art. 61 verlangt wird. Damit

---

[1]) Vgl. auch Commentar von Schneider und Fick zu S. O. R. Art. 349.

dieselbe besteht, müssen Personen vorhanden sein, die ihrer bedürftig sind, und das ist die Frau nicht; sie ist nicht den Kindern gleichzustellen. Die Ehe ist die Lebensgemeinschaft, beruhend auf dem Fusse der Gleichberechtigung und wenn auch der Mann das Haupt der Ehe ist[1]) oder der C. N. (Art. 213) sagt: la femme doit obéissance à son mari, hat der Ehemann doch noch nicht die Aufsichtspflicht über die Frau wie der Vater über die Kinder. Freilich hat das thurg. Obergericht in einem Fall entschieden[2]), es müsse der Mann für die schädlichen Handlungen seiner Frau einstehen nach Art. 61, ohne jedoch näher auf die Begründung in dieser Hinsicht einzugehen. Gemäss meiner obigen Ausführung bezweifle ich die Richtigkeit dieses Urtheils[3]) und stimme ganz dem tribunal civil von Genf bei, das neben andern Punkten in einer Urtheilsbegründung sagt[4]): „attendu que d'autre part le mari n'est pas civilement responsable des délits ou quasi-délits commis par sa femme", und dazu noch weiter ausführt: „que le silence du législateur au sujet du mari vis-à-vis de sa femme est, du reste, justifié par le fait que cette dernière ne se trouve pas, à l'égard de son époux, dans l'état de subordination, de tutelle, dans lequel se trouvent les enfants vis-à-vis du père, du maître et les employés et ouvriers vis-à-vis du patron".

Soviel über die haftenden Personen! Auf die Fragen: Welche Personen unterliegen dieser in Art. 61 verlangten Aufsicht und wie lange muss diese dauern? ist theils schon eingetreten worden, theils kann darauf keine allgemeine Antwort gegeben werden. Das wird immer von den betr. Umständen abhangen, namentlich von der Entwicklungsfähigkeit, von dem Gesundheitszustand der betr. Person; diese müssen eine solche Aufsicht *nöthig* machen. So meint Haberstich[5]), es hiesse das Gesetz

---

[1]) Zürch. privatrechtl. Gesetzbuch § 585. Thurgauisches privatrechtl. Gesetzbuch § 78.

[2]) Revue der Gerichtspraxis IV (1886) No. 28.

[3]) Ob in casu der Mann nach einem andern Art. haftbar wäre, ist hier nicht zu untersuchen.

[4]) Semaine judiciaire 1886 p. 345.

[5]) Handbuch des S. O. R. I, p. 178.

ad absurdum führen, wenn man diese Haftung z. B. ausdehnen wollte „auf die Kostgeberin eines Studenten, welcher einen andern im Duell verletzt!“

Bieder[1]) wirft in Hinsicht auf Art. 61 noch die weitere Frage auf, woran man denn im concreten Falle erkenne, dass die verlangte „rechtliche Pflicht“ vorliege, ob man dafür, da das eidgenöss. Recht keine solche statuire, auf das kantonale Recht zurückgreifen müsse, und kommt zu dem Schlusse, dass dies nicht nöthig sei, da diese Pflicht keine familienrechtliche, sondern eine obligatorische sei. Ich meinerseits möchte mich dieser Ansicht nicht anschliessen, sondern, mich stützend auf ein Urtheil des Basler Civilgerichtes[2]) sagen, sie wird ebenso gut eine familienrechtliche sein können, wie sie eine obligatorische sein kann. Sie kann entweder aus einem Contract entstehen (z. B. es gibt Jemand seinen Sohn in ein Institut zur Erziehung) oder aus dem Familienrechte entspringen (was sogar häufiger vorkommen wird)[3]). Im letztern Fall wird sich der Richter vorerst an das kantonale Recht halten müssen, und enthält dieses keine diesbezüglichen positiven Bestimmungen, nach den herrschenden allgemeinen juristischen Ansichten urtheilen.

b. Artikel 62.

Artikel 62 redet vom Geschäftsherrn und seinen Angestellten und Arbeitern, vom maître ou patron et ses ouvriers et employés, vom padrone e suoi commessi od operai. Aus der Vergleichung dieser Ausdrücke unter sich und wiederum mit denjenigen des C. N. ergibt sich, dass der maître des S. O. R. nicht der maître des C. N. ist; in diesem ist ihm der domestique untergeordnet, während der Ausdruck im S. O. R. ein Synonym zu commettant ist und einfach auch den Geschäftsherrn bezeichnet[4]). — Welches sind nun die Merkmale, an die der Richter sich halten kann, um bestimmen zu können, ob ein Verhältniss vorliege, das unter

---

1) a. a. O. (Z. f. schweiz. Recht n. F. V) p. 333.

2) Revue judiciaire 1887 p. 190.

3) Vgl. auch Haberstich, Handbuch, I p. 177.

4) vgl. Duplan, a. a. O. p. 273. Anderer Ansicht ist Junier in der Revue judiciaire 1884 p. 353 ff., widerlegt von Bieder, a. a. O. p. 338.

Art. 62 fällt? Da hebt nun Bieder[1]) zunächst mit Recht hervor, dass in dem Ausdruck Geschäftsherr das Wort Geschäft hervorzuheben sei im Zusammenhange mit dem weiterhin gebrauchten „geschäftlichen Verrichtungen" und „Gewerbe" und kommt dabei zu dem Schlusse, dem ich ganz beistimme: „Der Art. 62 findet somit Anwendung auf jede berufliche Thätigkeit, welche nach allgemeinem Sprachgebrauch als Geschäftsbetrieb betrachtet werden kann, sofern dabei neben dem Prinzipal auch Untergebene betheiligt sind, also vor Allem auf alle Handels-, Fabrikations- und Handwerksgeschäfte". Duplan[2]) citirt Sourdat[3]), der für das französische Recht folgende zwei Requisite aufstellt: 1. Que le préposé ait été librement et volontairement choisi, et 2. Que le commettant ait le pouvoir de lui donner des instructions et même des ordres sur la manière d'accomplir les actes qui lui sont confiés[4]) oder umgekehrt, dass der Angestellte von der Aufsicht des Uebergeordneten abhängig sei, und diese Merkmale möchte ich auch für unser Recht annehmen und dabei besonders betonen, dass namentlich beim zweiten Punkt Gewicht auf das pouvoir zu legen ist, worunter das Können, das Vermögen in jeder Hinsicht begriffen werden soll, sodass als Erforderniss für den Art. 62 aufgestellt werden muss, dass der Geschäftsherr die für Ausübung *seines* Geschäftes nöthigen technischen Kenntnisse besitze, dass er die Fähigkeit habe (oder wenigstens sich dafür ausgebe, zu haben), die sein Geschäft betreffenden Functionen eventuell selbst auszuüben, d. h. dass er diese verstehe. Dafür dient das beliebte Beispiel, dass der Hausbesitzer nicht nach Art. 62 hafte für die Arbeiter, deren er sich zu irgend welcher Reparatur seines Hauses bedient. — Ferner sagt das zürcher. Handelsgericht zur weitern Charakterisirung dieser Verhältnisse in einem Urtheil gegen das schweizer. Informationsbureau[5]): „Es liegt nichts dafür vor, dass der Art. 62 O. R. einen auf längere oder kürzere Dauer abgeschlossenen Dienstvertrag voraussetze und ebenso ist

---

1) a. a. O. p. 336.

2) a. a. O. p. 187.

3) (Traité général de la responsabilité, Paris 1876).

4) Aehnlich: Junier in der Revue judic. 1884, p. 353.

5) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. IX. (1890) p. 341.

die Art und Weise der Vergütung der Dienstleistungen für den Begriff „Angestellter“ gleichgültig; wesentlich ist bloss, dass die Correspondenten eines Informationsbureau wichtige Functionen des Geschäftsbetriebes ausüben und dass ihre Dienste für die betr. Gebiete regelmässig in Anspruch genommen werden“.[1])

Wenn wir die wichtigern in dieser Materie gefällten Urtheile in dieser Hinsicht durchgehen, so finden wir am meisten vertreten die Fälle der Haftung des Bauunternehmers für das Verschulden sowohl seiner Bauführer als seiner Arbeiter, des Fuhrhalters für seine Knechte, des Handwerkers für seine Gesellen und ähnliche Verhältnisse. Hervorzuheben ist auch hier noch der oben berührte Fall der Haftung eines Informationsbureau für seine Correspondenten, ferner derjenige der Haftung einer Actiengesellschaft in Liquidation für das Verschulden der Liquidatoren[2]). — Nicht dagegen möchte ich beistimmen der Ansicht des Genfer Handelsgerichtes, das es für selbstverständlich annimmt[3]), dass die von einem Wirthe engagirten und von ihm bezahlten Musiker dessen Angestellte seien, er also für sie einstehen müsse, wenn sie, wie in concreto der Fall, einen Walzer ohne Erlaubniss des Autors spielen, also eine widerrechtliche Handlung begehen. Es scheint mir nämlich dies nicht schlechthin richtig zu sein, sondern höchstens nur in dem Fall, wo der Wirth auch zugleich der musikalische Leiter seiner bei ihm stattfindenden Konzerte ist; wenn er aber, wie dies gewöhnlich vorkommt, nur eine Musikgesellschaft engagirt, so sind dies noch nicht seine Angestellten. Hier ist eben das Moment des „Geschäftes“ zu betonen. Die Musiker sind hier nicht die „geschäftlich“ Untergeordneten des Wirthes. Dessen Geschäft ist das Verpflegen der Gäste, die geschäftlichen Verrichtungen der Musiker ist das Spielen der Musikstücke. Hierin hat er sie gewöhnlich nicht zu überwachen und nicht zu instruiren. Es fehlen also die oben angeführten nothwendigen Merkmale. Der Umstand allein, dass der Wirth Gewinn aus der Sache zu ziehen suchte, ist nicht von entscheidender Bedeutung. Der

---

1) Vgl. ein ähnliches Urtheil des gleichen Gerichts in Bl. f. handelsrechtl. Entsch. VII (1888) p. 269.

2) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. IV (1885) p. 35.

3) Semaine judic. 1886 p. 443.

Vermiether von Wohnungen z. B. sucht auch einen Verdienst aus dem Vermiethen, die Miether tragen dazu bei, ihm einen Gewinn zu verschaffen; deswegen sind sie doch nicht seine Angestellten im Sinne des Art. 62.

Aus dem Gesagten lässt sich auch umgekehrt schliessen, dass, sobald den beiden nöthigen Erfordernissen (die Sourdat aufgestellt hat) durch irgend ein Verhältniss Genüge geleistet ist, es auf den zu Grunde liegenden Contract zwischen Herr und Angestellten nicht mehr ankommt. Dieser Contract wird meistens ein Dienstvertrag sein, obschon nicht jeder ein solches Verhältniss nach Art. 62 begründet. Noch weniger wird dies das Mandat thun; aber auch dieses ist denkbar als Grundlage eines solchen Verhältnisses.

Zu bemerken ist ferner noch, dass hier immer vom Geschäfts*herrn* die Rede ist, d. h. es wird der eigentliche Principal haftbar sein, wenn auch die betr. Angestellten nicht direct unter ihm stehen, sondern vielleicht unter dem Bureauchef oder dem Magazinier. Ja selbst wenn ein Angestellter von sich aus (allerdings innert seiner Competenz) wieder andere Angestellte engagirt, haftet doch der Principal direct auch für diese Unterangestellten. Hinsichtlich der Haftung nach Art. 62 stehen in einem Geschäft alle Angestellten jeder Stufe einander gleich.

Als Haftende nach Art. 62 sind gemäss dem 2. Absatze dieses Artikels noch zu nennen die *gewerbetreibenden juristischen Personen.* Es können darunter alle Arten der juristischen Personen fallen, aber also nur dann, „wenn sie ein Gewerbe betreiben“. Das Bundesgericht sagt gelegentlich einmal[1]: „Die ausnahmsweise Haftung des Art. 62 wird auf juristische Personen ausdrücklich nur dann erstreckt, wenn diese juristischen Personen ein Gewerbe betreiben; nur insoweit ist eben das Verhältniss der juristischen Person zu ihrem Vertreter als dasjenige eines Geschäftsherrn zu seinem Angestellten aufzufassen“. Dieser letztere Punkt ist das ausschlaggebende Moment; man muss von der juristischen Person sagen können, sie betreibe ein Geschäft, sei es nun Handel,

[1]) Entsch. des Bundesgerichts XII (1886) S. 232.

Fabrikation oder Handwerk; sie habe damit die Absicht, sich einen vermögensrechtlichen Gewinn zu verschaffen. In diesem Falle ist es gerecht, dass die juristische Person auch bei dieser Haftung der physischen gleichgestellt werde, der sie in andern ihr vortheilhaften Punkten auch gleichsteht. Als Haftende erscheint hier die juristische Person als solche; *ihr* Vermögen ist es, aus dem der betreffende Schaden ersetzt werden muss. Bei der hinsichtlich des Entschuldigungsbeweises nöthig werdenden Frage, ob die Aufsicht über den Angestellten zur Verhütung des angerichteten Schadens in gehöriger Weise ausgeübt, ob die nöthige Sorgfalt angewendet worden sei, wird dann natürlich das Verhalten desjenigen Organes der juristischen Person in Betracht fallen, dessen Pflicht die fragliche Aufsicht ist[1]).

Der Commentar von Hafner zu Art. 62 nennt als juristische Personen, die durch das S. O. R. normirt sind: Die Actiengesellschaft (Art. 623), die Commanditactiengesellschaft (Art. 676), die Genossenschaft (Art. 678), bei denen Art. 715 besonders auf unsern Art. 62 verweist, und die eingetragenen Vereine (Art. 716 ff.). Duplan[2]) nennt ausserdem noch die Collectivgesellschaft im Hinblick auf Art 559. Das S. O. R. hat die bestrittene Frage, ob die Collectivgesellschaft eine juristische Person sei, unentschieden gelassen[3]). Goldschmidt in seinem Colleg über Handelsrecht verneint sie allgemein; Hafner in Anm. 1 zu Art. 678 thut das Gleiche für unser Recht. Stellen wir uns nun auch auf diesen Boden, so ist das Resultat daraus für unsere Frage das, dass nach Art 62 eben nicht die Gesellschaft als solche haftet, sondern die Gesellschafter einzeln. Das Bundesgericht sagt hierüber[4]): „Die Auffassung, dass beim Geschäftsbetriebe durch eine Collectivgesellschaft die einzelnen Gesellschafter nicht selbst die Geschäftsherren seien, sondern als blosse Repräsentanten des Geschäftsherrn, der Collectivgesellschaft als solcher, erscheinen, ist eine durchaus unnatürliche und unannehmbare".

---

[1]) Vgl. auch Bieder, a. a. O. p. 355.
[2]) a. a. O. p. 278.
[3]) Vgl. Schneider & Fick, S. O. R. Art. 552 Anm. 2.
[4]) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. IX, (1890) p. 132.

5. Wie weit erstreckt sich die Haftung nach Art. 61 und 62?

Für's Erste ist hier darauf hinzuweisen, dass auch die Haftung aus den beiden Art. 61 und 62 sich auf *alle Arten* schädigender Handlungen bezieht, nicht etwa nur auf Verletzung von Menschen; auch Sachbeschädigung fällt darunter.

Ferner geht aus der Verschiedenheit der Verhältnisse, die Art. 61 gegenüber Art. 62 regelt, sofort hervor, dass sich die Haftung des Artikel 61 auf jede schadenbringende schuldhafte Handlung der betr. Person bezieht, während die Haftung aus Art. 62 sich auf die Handlungen innerhalb des Geschäftsbetriebes beschränkt. Im letztern Fall können allfällig Schwierigkeiten entstehen bei Interpretirung des Ausdruckes: „in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen". Soll er etwa gleichbedeutend sein mit dem Ausdruck: „bei Gelegenheit der geschäftlichen Verrichtungen"? Sollen alle Fälle, die unter diese letztere, meiner Ansicht nach weitergehende Wendung fallen können, von uns zu berücksichtigen, nach Art. 62 zu behandeln sein? Bieder[1]) verneint dies und ich möchte mich ihm anschliessen. Wir haben oben gesehen, auf welchem Grunde diese Art Haftung ruht (Aufsichts-*Möglichkeit* in jeder Hinsicht, und die Möglichkeit zu instruiren). Daraus folgt, dass die Haftung sich nur auf solche Handlungen beziehen kann, die als Ausfluss der eigentlichen Geschäftsverrichtungen erscheinen, in einem innern Zusammenhang mit denselben stehen. Die Handlung muss an und für sich als eine Geschäftsausführung sich qualificiren lassen. So soll nach Bieder der Droschkenhalter nach Art. 62 nicht haften, wenn der Droschkenführer an seinem Standorte in einer Schlägerei einem Collegen eine Körperverletzung beibringt. Junier[2]) führt über diese Ausscheidung zutreffend an, es müsse die schädigende Handlung hervorgehen, direct oder indirect, aus der Arbeit, die der Untergebene verrichtet, und nicht nur sich auf irgend eine Weise durch zeitliche, örtliche oder dienstliche Umstände damit verbinden.

---

[1]) a. a. O. p. 340 f.
[2]) Revue judic. 1884 p. 353.

So lässt ganz richtig das tribunal civil de Lausanne [1]) die Handlung eines Angestellten der S. O. S., der bei der Waage im Güterbahnhof angestellt war, und aus dem Bureau der Gesellschaft gegen ein Trinkgeld einen Datumstempel nahm und gebrauchte, sodass Fälschungen möglich wurden, nicht unter Art. 62 fallen, da die Wegnahme und der Gebrauch des Stempels nicht geschehen sei in Ausübung seiner Dienste (zu denen ihn die S.O.S. engagirt). Um so auffallender mag dagegen ein Urtheil des Civilgerichtes von Baselstadt erscheinen, das ausführt [2]), „dass die Behandlung und der Verband einer Wunde seitens eines Bahnangestellten mittelst eines von der Bahnverwaltung zur Verfügung gestellten Nothverbandes zum Betriebe der betr. Eisenbahn durchaus nichts beihilft und *nicht als mit dem Betrieb in irgend welchem Zusammenhang stehend betrachtet werden kann*", dann aber die Eisenbahngesellschaft doch nach Art. 62 haften lässt! Etwas Anderes ist es, wenn das Bundesgericht [3]) die Gotthardbahn für haftbar nach Art. 62 erklärt, weil bei einer Wegbaute, insbes. bei Herstellung einer Fussgängerbrücke unterlassen wurde, die nöthigen Geländer zur Sicherheit des Weges anzubringen; denn da erscheint nicht die Bahngesellschaft als solche, sondern als Unternehmerin einer Strassenbaute. — Aus dem soeben Ausgeführten geht auch noch der weitere Satz hervor, dass Jeder nur für seine Arbeiter, nur für die von ihm angestellten, haftet: Ein Fuhrhalter übernimmt die Führung eines Omnibus für ein Hôtel; der Kutscher passt dabei nicht auf, die Pferde gehen durch und richten Schaden an; da ist nicht der Hôtelier, sondern der Fuhrhalter haftbar; der Kutscher stand in seinem Dienste. [4])

Aber noch in anderer Weise ist die Haftung, sowohl nach Art. 61 als auch nach Art. 62 eingeschränkt. Wir haben ja gesehen, dass wir es hier nicht mit einer reinen Haftung für fremdes Verschulden zu thun haben, sondern dass sie abhängig ist von einer bestimmten culpa des Haftenden selbst. Also fällt das Einstehen-Müssen weg, sobald diese bestimmte culpa nicht

1) Journ. des trib. 1887 p. 340 (351).

2) Revue der Gerichtspraxis VII (1889) p. 156.

3) Journ. des trib. 1885 p. 197.

4) Journ. des trib. 1887 p. 225 (Luzerner Obergericht). Betr. einen andern hieher gehörigen Fall vergl. Revue judic. 1884, p. 301.

vorhanden ist. Wann ist nun dies der Fall? Bei Art. 61 dann, wenn der Haftende „das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt *in der Beaufsichtigung* beobachtet hat“; bei Art. 62, wenn er „*alle* erforderliche Sorgfalt angewendet hat, um einen solchen Schaden zu verhüten“. Da sieht man sofort, dass die Haftung des Geschäftsherrn für die betr. Handlungen des Untergeordneten weiter geht, indem die ihm überbundene Sorgfaltspflicht nicht auf die Beaufsichtigung beschränkt ist. Dies erklärt sich aus den obwaltenden Umständen. An einen Geschäftsmann können und müssen grössere Anforderungen gestellt werden als an einen gewöhnlichen Menschen. Er hat sein Geschäft nicht nur zu *überwachen,* sondern zu *führen,* zu leiten, in allen Theilen dafür zu sorgen, dass Alles richtig, sicher und in voller Ordnung ausgeführt werde. Daher ist es begreiflich, dass das Gesetz bei ihm in einem weitern Gebiete culpa voraussetzt, wenn etwas schief geht, als bei den Personen des Art. 61. Immerhin verlangt das Gesetz auch von ihm nicht, dass er bei einem allfälligen Schadensfall in *jeder* Beziehung als ein Mustermensch dastehe, sondern nur hinsichtlich der Massregeln zur Verhütung *des betreffenden Schadens.* Darauf ist wohl zu achten. Wenn z. B. Nachts von einem langsam auf ebener Strasse fahrenden schweren Fuhrwerk Jemand überfahren wird, so soll es genügen, wenn der Fuhrhalter beweist, dass ihn keine culpa treffe hinsichtlich des Knechtes, und ferner dass Glocken und Laterne am Wagen waren. Dass zufällig keine genügende Bremsvorrichtung vorhanden war, soll ihm nicht schaden; denn die war nicht nöthig zur Verhütung eines *solchen* Schadens, da der Wagen auch ohne Bremsvorrichtung sofort stillgestanden wäre.

Soweit reicht der Unterschied betr. die Strenge der Haftung nach Art. 61 oder 62. Dass weiter noch der Umstand, dass im einen Fall von dem „*üblichen und durch die Umstände gebotenen* Maass von Sorgfalt“, im andern aber von der „*erforderlichen* Sorgfalt“ die Rede ist, auf eine auch in dieser Richtung verschiedene Intensität der Haftung hindeute, glaube ich nicht. Diese Abweichung im Ausdruck ist lediglich hervorgerufen durch die verschieden gestalteten Verhältnisse beider Artikel. Der Geschäftsherr, der ja nur innerhalb seines Geschäftsbetriebes haftet, muss die Gefahr

und alle Eventualitäten desselben kennen und kann daher dagegen Vorsorge treffen; darum kann hier von *aller erforderlichen* Sorgfalt gesprochen werden. Bei Art. 61 würde der Ausdruck, der mehr bei bestimmter allgemein anerkannter und angewandter Umgrenzung von Vorsichts-Erfordernissen anzuwenden ist, nicht am Platze sein, da hier mannigfaltigere, viel weniger vorauszusehende Fälle vorkommen und die Beurtheilung der Beaufsichtigungspflicht von örtlich und zeitlich immer wechselnden Umständen abhängig ist. Hier ist in der That der Ausdruck „üblich" passender. Dieser allein ist aber nicht genügend. Darum wird noch der Ausdruck „durch die Umstände geboten" hinzugefügt. Dadurch gewinnt das Ganze die gleiche Stärke wie das „erforderlich" des Art. 62. Dass dieser Zusatz nöthig war, zeigen die Fälle aus dem Kanton Zürich[1]), wo bei dem Fastnacht-Schiessen häufig Verletzungen durch Minderjährige vorkommen. Hier ist die Aufsicht seitens des Vaters nicht üblich, aber in Anbetracht aller Umstände doch geboten und darum ist hier der Vater jeweilen auch richtig verurtheilt worden. — Dass die soeben besprochene Redactionsverschiedenheit jedenfalls nur auf dem angegebenen factischen Unterschied der Verhältnisse beruht, kann auch aus einem Ausspruch des zürch. Obergerichts ersehen werden, das auch den Begriff „alle erforderliche Sorgfalt" auf das „üblich" zurückführt, indem es sagt[2]): „Wenn auch der Begriff „alle erforderliche Sorgfalt" ein weitgehender ist, so kann darunter vernünftigerweise doch nur derjenige Grad von Sorgfalt und Vorsicht verstanden werden, der nach allgemeiner Ansicht und nach der Erfahrung der Fachleute, sowie auch nach menschlicher Voraussicht genügt, um den Eintritt von Unfällen zu verhüten". Derjenige aber, der eine richtige „allgemeine Ansicht" und die einem normalen Menschen geziemende „Voraussicht" hat, ist der römische diligens paterfamilias. Der Richter wird sich sowohl bei Art. 61 als bei Art. 62 fragen müssen: Was hätte ein solcher gethan? Ich kann nicht unterlassen, an dieser Stelle noch beizufügen, was Dr. L. v. Bar[3]) darunter versteht.

---

[1]) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. IV)1885) p. 109, und VIII (1889) p. 187.

[2]) Bl. f. handelsrechtliche Entsch. VIII (1889) p. 313, vgl. dazu ferner: Semaine jud. 1888 p. 135, und Revue der Gerichtsprax. VIII (1890) Nr. 67.

[3]) «Zur Lehre von der culpa» in Grünhut's Zeitschr. für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart Bd. IV S. 20 ff. (speciell S. 25). (Zu vergleichen auch S. 69 ff. und S. 82).

Er führt aus: „Diligens paterfamilias ist das Ideal eines verständigen Mannes, der überall sorgsam verfährt, nicht mehr auf sich nimmt als er zu leisten versteht, anderseits aber auch frei ist von einer übergrossen Aengstlichkeit, bei welcher man vergessen müsste, dass das Leben ausser dem in Rede stehenden Verhältnisse oder Geschäfte noch unzählige andere Sorgen hat, bei welcher, wenn alle Welt *dazu* verpflichtet würde, Geschäftsverkehr und Leben thatsächlich stille stehen müsste".

Anhang zu Abschnitt II:

Haftung nach Art. 67 und 65.

Auch die Art. 67 und 65 regeln unter Umständen Fälle von Haftung für fremde culpa. Im Ganzen ist hier nur darauf hinzuweisen, da ein näheres Darauf-Eingehen nur eine Wiederholung sein müsste von dem, was Bieder[1]) und Haberstich[2]) darüber geschrieben haben.

Art. 67 lautet: Der Eigenthümer eines Gebäudes oder eines andern Werkes hat für den Schaden Ersatz zu leisten, welchen dasselbe in Folge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage oder Herstellung verursacht. Im letztern Falle bleibt ihm der Rückgriff nach Massgabe des Art. 362 gegen den Erbauer vorbehalten". Sobald hier derjenige, der das Gebäude oder das Werk unterhalten soll oder angelegt oder hergestellt hat, nicht der Eigenthümer selbst ist, so haben wir es hier mit einer wahren Haftung für fremdes Verschulden zu thun. Einzig darum, weil er Eigenthümer des fraglichen Bauwerkes ist, muss er haften, gleichviel ob er selbst in culpa ist oder nicht. Einen Exculpationsbeweis gibt ihm das Gesetz nicht. Dies ist eine schroffe Bestimmung; aber sie erscheint auch noch deswegen als eine harte, weil das Regressrecht sehr unvollständig geregelt ist. Gegenüber dem Unterhaltungspflichtigen sagt das Gesetz gar nichts von einem Regress. Haberstich nimmt ganz allgemein an, er müsse hier jedenfalls auch ein Regressrecht haben auf diesen Pflichtigen;

---

1) a. a. O. p. 367 ff.

2) Handbuch des S. O. R. I. p. 180 f.

Bieder verweist dafür auf allfällig ihm zustehende Contractsklagen. Mit diesen Letztern wird es sein Bewenden haben. Betreffend den „Erbauer“ gesteht der Art. 67 selbst dem Haftenden den Rückgriff zu, aber auch nur wieder innerhalb einer Contractsklage, derjenigen aus dem Werkvertrag. Damit ist also die Haft des Unternehmers ausgedehnt auf den Schaden, den der Besteller Andern hat ersetzen müssen, bleibt also nicht auf denjenigen, den dieser selbst direct erlitten, eingeschränkt. Ob aber Art. 67 den Art. 362 auch insofern ausdehnen wollte, als er als klageberechtigt nicht nur den Besteller selbst, sondern auch jeden weitern Eigenthümer bezeichnen wollte? Das Gesetz spricht sich hierüber nicht bestimmt aus; ich glaube, schon aus Gründen der Billigkeit ist die Frage zu bejahen. Ich muss gestehen, dass das Gesetz mir hier als lückenhaft erscheint, da es mit dieser mangelhaften Bestimmung Fälle schafft, da einer in That und Wahrheit einen Schaden ersetzen muss, an dem er keine Schuld trägt. Immerhin muss umgekehrt auch gesagt werden, dass in diesen Fällen factisch vielfach auch den Eigenthümer selbst eine, wenn vielleicht auch nicht direct nachweisbare, Schuld trifft.

Art. 65 lautet: „Für Schaden, welchen ein Thier anrichtet, haftet, wer dasselbe hält, wenn er nicht beweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe. Vorbehalten bleibt ihm der Rückgriff, wenn das Thier von einem Andern oder durch das Thier eines Andern gereizt worden ist“. Bieder sagt dazu: „Die Haftbarkeit des Thierhalters ist juristisch durchaus gleichartig derjenigen des zur häuslichen Aufsicht über eine unzurechnungsfähige Person Verpflichteten“. Ich möchte diesen Satz auch für meine Auslegung des Art. 61 beibehalten[1]). Es scheint mir dies nicht widersinnig zu sein. Im Gegensatz zu Art. 67 stehen wir hier wieder auf richtiger Grundlage, indem der Exculpationsbeweis zugelassen wird. — Für unsere Frage ist noch hervorzuheben die Haftung des Thierhalters für denjenigen, der das Thier gereizt. Er haftet also da unter Umständen für eine ihm völlig fremde Person, die nur dadurch in Beziehung zu ihm tritt, dass sie sein Thier

---

[1]) vd. oben S. 21 Satz 1.

aufgeregt hat. Gegen diesen hat aber unser Artikel, wiederum entgegen dem Art. 67, dem Thierhalter ein eigens hiefür aufgestelltes Rückgriffsrecht gegeben. Dieser Artikel ist also in jeder Beziehung gerechter und vollständiger als der vorhin besprochene. Auf weitere Einzelfragen einzugehen, ist hier nicht der Ort. Doch möchte ich noch anführen, dass der Umstand, dass Jemand der Halter eines geschädigt habenden Thieres war, das zürch. Obergericht veranlasst hat, den Art. 62 zu umgehen, dem Beklagten den ihm dort garantirten Entschuldigungsbeweis abschneidend, indem es einfach sagt[1]: „Die Haftpflicht des Beklagten richtet sich nach Art. 65 und zwar in dem Sinne, dass der letztere unbedingt, also ganz abgesehen von der Bestimmung des Art. 62 O. R. auch für einen allfälligen Mangel in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Pferdes Seitens seines Fahrknechtes aufzukommen habe". Das Verschulden des Knechtes so ohne Weiteres auf den Herrn zu übertragen und es ihm zu seinem Schaden anzurechnen, finde ich sehr willkürlich. Der Art. 65 soll jedenfalls keine Verschärfung des Art. 62 enthalten. Auf diese Weise den klaren Bestimmungen des letztern zuwider zu handeln, halte ich für unzulässig.

III. Standpunkt des römischen Rechts betr. die Haftung für fremde aquilische culpa.

Wie unser S. O. R. die Fälle des Art. 61 von denjenigen des Art. 62 trennt und für jede Art eigene Bestimmungen aufstellt, so lässt sich auch schon im röm. Recht diese Trennung, dieser Unterschied erkennen; auch dort gelten für die einzelnen Kategorien bestimmte von einander abweichende Rechtssätze. Dr. P. Friedr. v. Wyss, der in seiner Dissertation (1867) über „Die Haftung für fremde culpa nach röm. Recht" diese Materie erschöpfend behandelt, hebt betr. diese Eintheilung der Fälle namentlich Folgendes hervor[2]: „Sofort springen zwei verschiedene Hauptgruppen hieher gehöriger Fälle in die Augen, indem die

[1]) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. VII (1888) p. 190.

[2]) v. Wyss, Haftung für fremde culpa nach römischem Recht, p. 6.

Haftung für fremde Delikte geknüpft ist: 1. an gewisse dauernde Verhältnisse rechtlicher Ueberordnung, potestas; 2. lediglich aus Gründen des öffentlichen Wohls und der Sicherheit an gewisse vorübergehende, äusserliche Beziehungen zwischen Personen, die hinsichtlich des Rechts und Handlungsfähigkeit sich völlig gleichstehen können, z. B. Anstellung des Einen im Gewerbe des Andern". Dort sei die Haftpflicht principiell unabhängig von der zu vertretenden unerlaubten Handlung, hier stehe sie in gewisser Beziehung zum Haftungsverhältniss.

Wir sehen, dass die *sub 1* genannten Fälle diejenigen unseres Art. 61 umfassen. Nach r. R. fällt darunter ausser der Haftung des paterfamilias für den filiusfamilias (patria potestas) auch diejenige des dominus für den servus (dominica potestas). Die letztere kommt aber für uns nicht mehr in Betracht. Wir haben also nur zu sehen, welche Grundsätze für das andere Verhältniss galten. Diese haben im r. R. selbst eine Wandlung durchgemacht.

Im alten r. R. stand der filiusfamilias hinsichtlich unserer Frage dem servus gleich: Aus dem Delikt des filius konnte der Vater direct belangt werden mit der actio noxalis, wobei dieser sich entweder durch Ersatz des Schadens oder durch Hingabe der schädigenden Person befreien konnte (noxae datio).[1]) Als Grundlage genügte einfach das Vorhandensein der patria potestas und aus dieser allein lässt sich auch diese Art Haftung erklären. Der paterfamilias war das Haupt der Familie, deren Glieder in der frühesten Zeit geradezu seine Unterthanen genannt werden können. Er übte alle Rechte nach innen sowohl als nach aussen aus; die Rechte der Kinder, Kindeskinder etc. giengen in seinem Rechte auf: „Die Familie war Vermögenseinheit und als solche allein durch den Vater beherrscht und vertreten. Aber soviele handlungsfähige capita der Familie angehörten, soviel besass sie Organe des Erwerbs".[2]) So musste sich naturgemäss derjenige,

[1]) Nach Stobbe, Handbuch III S. 389 (§ 201) stimmte hierin das alte deutsche Recht im Wesentlichen überein. Dann aber gäbe es in spätern Volksrechten vielerlei Abweichungen und Milderungen dieser Haft. Ueberhaupt fänden sich dann keine eingehenden Bestimmungen mehr darüber.

[2]) Esmarch, röm. Rechtsgeschichte p. 119.



der einen Schaden, der durch einen dieser „Unterthanen“ gestiftet war, ersetzt haben wollte, an das Oberhaupt wenden. Ob dieser nun nur als Vertreter des schädigenden Individuums[1]) oder direct einfach als paterfamilias belangt wurde, auf diese Controverse einzugehen, ist hier nicht der Ort, zumal die Entscheidung dieser Frage für uns nicht von Wichtigkeit ist. Hier genügt es, darauf hingewiesen zu haben, dass diese Haftung zu dieser Zeit rein nur dem Gewaltverhältniss entsprang und dass von einer culpa, die allfällig dem Haftenden zur Last zu legen sei, nicht gesprochen wird, was aus dem Grundsatz: noxa caput sequitur deutlich hervorgeht. — Von diesem Gewaltverhältniss sagen aber die Institutionen: ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus.[2]) Auch wir machen von den alii keine Ausnahme. Wenn wir aber nun doch eine Art Haftung für fremdes ausserconstractliches Verschulden haben, kann diese nicht von der soeben behandelten abgeleitet werden, sondern beruht eben auf einem andern Principe.

Aber, wie schon angedeutet, blieben auch die Römer hier nicht stehen. Mit dem Wachsen des Reichs, der Ausdehnung der Herrschaft und Macht, und der dadurch herbeigeführten grossartigen Entwicklung des Handels und Verkehrs mussten auch die innern Verhältnisse sich ändern. Das patriarchalische Regiment passte nicht mehr in diese Zeit, konnte gegenüber diesen Fortschritten nicht mehr aufrecht erhalten werden. Die Familienglieder erlangten eine gewisse Selbständigkeit, was sich am meisten darin zeigte, dass sie vermögensfähig wurden und diese Vermögensfähigkeit sich immer mehr erweiterte. Die nächste Folge davon war, dass die Hauskinder selbst für ihre Delikte belangt werden konnten (ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri[3]), was wiederum zu der Möglichkeit führte, einen Schritt weiter zu gehen, sodass nun die erweiterte Weltanschauung, die nova

---

[1]) Diese Theorie, aufgestellt von Zimmern, System der röm. Noxalklagen, wird von v. Wyss, der sie noch als die herrschende bezeichnet, verworfen (p. 10—36).

[2]) § 2 J de patria potestate I, 9.

[3]) § 7 i. f. J de noxal. act. IV, 8.

hominum conversatio dazu kommen konnte, zu sagen, huius modi (sc. noxae dationis) asperitatem recte respuendam esse. Alles drängte zu diesem Ende.[1])

Mit dem Wegfall der Noxalklagen betreffend den filiusfamilias, fiel aber überhaupt die Haftung des paterfamilias für denselben weg. Das Bewusstsein jener Alles umfassenden Familienvertretung nach aussen durch den paterfamilias war verschwunden. Der Beschädigte konnte sich also nicht einfach wie früher auf dasselbe berufen, um den Vater belangen zu können, sondern er musste sich jetzt an den in dieser Beziehung nun selbständigen filius halten. Ob er dadurch besser oder schlechter gestellt war, war dem Recht gleichgültig. Ja, nicht einmal etwa auf den Betrag des peculium konnte er an den Vater sich halten; denn dieses war dem Sohne zu andern Zwecken überlassen: ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari.[2])

„Non solet" sagt dieser allgemeine Satz und deutet also darauf hin, dass es auch hier heisse, keine Regel ohne Ausnahme. In der That kennt das r. R. zwei Fälle, da es *faktisch* darauf hinauskommt, dass der Vater de peculio einstehen muss auch für die Delikte seines filiusfamilias. Der eine dieser Fälle ist eine Consequenz eines streng formellen Princips, der andere ist eine Rücksichtnahme auf die Anforderungen der Billigkeit.

Im ersten Fall nämlich kann, wenn der filiusfamilias aus einem Delikt zum Schadensersatz verurtheilt ist, die *actio judicati* gegen den Vater de peculio angestellt werden; nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi, proinde non originem iudicii spectandam sed ipsam iudicati velut obligationem.[3]) Dies ist der Grund: bei der actio judicati, bei dem Executions-Gesuch, wird nicht mehr darauf gesehen, *warum* der filiusfamilias verurtheilt wurde; es genügt als Grundlage das Faktum der Verurtheilung selbst. So war es aber auch nicht möglich, die Fälle der Verurtheilung des filiusfamilias aus Delikten von denjenigen aus Obligationen zu trennen, woraus folgt, dass der paterfamilias eben in allen Fällen peculio tenus haften musste. Aber

---

[1]) Vd. v. Wyss, a a. O. p. 47.

[2]) l 58 D de R. J. 50, 17.

[3]) l 3 § 11 D de peculio 15, 1.

erstens kann hier also der Vater nicht direct belangt und zweitens kann gegen ihn gar nicht auf Grund der Schadenszufügung vorgegangen werden; auch ist seine Zahlung kein eigentlicher Schadensersatz, denn, wenn das peculium nicht weit genug reicht, bleibt ja der übrige Schaden ungedeckt. Der Vater tritt nicht ein auf Grund des Verschuldens des Sohnes, nicht *für* seine culpa. v. Wyss [1]) bezeichnet diesen Fall der Haftung als einen mittelbaren, uneigentlichen, „der nur eintrete, wenn die zur Vermeidung der Execution gesteckte Zahlungsfrist erfolglos verstrichen sei, und der also in erster Linie auf des Sohnes freiwilliger oder unfreiwilliger Renitenz gegen das gefällte Urtheil beruhe". Es mag aber sein, dass in der Praxis diese Haftung genügt hat, was namentlich daraus geschlossen werden kann, dass trotz des gänzlichen Dahinfallens der directen väterlichen Haft nicht eine den neuen Verhältnissen und Anschauungen angepasste Art derselben sich ausgebildet hat.

Im zweiten Fall kann der Vater de peculio belangt werden *auf die Bereicherung,* die er erfahren in Folge des Delikts des filiusfamilias, quia iniquissimum est et ex furto servi (in unserm Falle filiifamilias) dominum (i. u. F. patrem) locupletari impune.[2]) Es soll hier der ungerechte Satz nicht gelten duobus litigantibus tertius gaudet. Aber auch in diesem Falle liegt keine eigentliche Haftung für fremdes Verschulden. Erstens können hier naturgemäss nur einzelne Fälle von Verschulden (die Vermögensdelikte) in Betracht fallen und zweitens liegt da gar nicht der Gedanke an ein Ersetzen eines zugefügten Schadens zu Grunde, sondern der massgebende Gesichtspunkt ist hier einfach die ungerechtfertigte Bereicherung. — Wie weit diese Klagen mit denjenigen quasi ex contractu zusammenhängen, ist hier nicht zu untersuchen. So kennt also das spätere röm. Recht keine Fälle, da der Vater aus dem Verschulden des filiusfamilias direct belangt werden könnte.

Es bleibt uns nun noch übrig, die *sub 2* [3]) angeführte Kategorie von Fällen näher anzusehen, in denen das römische

---

[1]) a. a. O. p. 50.

[2]) l 3 § 12 D de peculio 15, 1.

[3]) oben p. 58.

Recht durch Deliktsklage eine andere als die Schaden stiftende Person für denselben aufkommen lässt. Hier verhält sich, wie wir sehen werden, die Sache anders als in dem soeben behandelten Verhältnisse. v. Wyss[1]) unterscheidet auch hier 2 Unterabtheilungen, indem er sagt, dass einerseits Fälle hieher gehören, die subjectiv bestimmt sind durch die persönliche Stellung des Haftenden zum Delinquenten, anderseits aber auch Fälle, die objectiv abgegrenzt seien, sodass das Verhältniss der Personen erst secundär in Betracht komme. Diese letztern umfassen die Haftung mit der actio de effusis vel dejectis, die erstern diejenige der nautae, caupones, stabularii und der publicani. In allen diesen Fällen erscheint eine wirkliche Haftung einer Person für die culpa einer andern ohne Untersuchung, ob die erstere auch eine culpa treffe, und mit der Möglichkeit der unbedingten directen Belangbarkeit des Haftenden selbst. Es findet also hier das römische Recht die publica utilitas so gross, so durchschlagend, dass es eine Haftung mit Deliktsklagen für fremde culpa im eigentlichen und weitesten Sinne des Wortes zulässt; allerdings beschränkt es dieselbe auf sehr wenige Gruppen von Fällen und lässt sie innerhalb dieser auch nicht auf *alle* deliktischen Handlungen der Untergebenen sich erstrecken, sondern nur auf bestimmte mit dem betr. Gewerbe im engsten Zusammenhange stehende. Ausserdem wird diese Haftung ganz als Ausnahme behandelt, die es aber zu rechtfertigen sucht, einerseits durch das allgemeine Interesse und das öffentliche Verkehrsbedürfniss (betr. die Wirthe wegen der improbitas huius generis hominum[2]) und quia necesse est plerumque eorum fidem sequi[3]); betr. die publicani: quantae audaciae, quantae temeritatis sint publicanorum factiones, nemo est qui nesciat; idcirco Praetor ad compescendam eorum audaciam hoc Edictum proposuit[4]); betr. die actio de effusis vel dejectis: publice enim utile est, sine metu et periculo per itinera commeari[5]), anderseits jedoch noch formell in allen drei Fällen durch die Fiktion

---

[1]) a. a. O. p. 56.
[2]) l 3 § 1 D nautae 4, 9.
[3]) l 1 § 1 D eod. 4, 9.
[4]) l 12 pr D de publicanis 39, 4.
[5]) l 1 § 1 D de his qui eff. 9, 3.

einer culpa auf Seite des Haftenden (aliquatenus culpae reus est [sc. exercitor navis aut cauponae etc.], quod opera malorum hominum uteretur[1]), nam quum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint[2]); idcirco autem tam dura conditio eorum [sc. publicanorum] effecta est, quia debent bonos servos ad hoc ministerium eligere[3]) und ähnl.) Wie gesagt, war aber diese culpa nur fingirt; ein Beweis oder das offensichtliche Vorliegen des Gegentheils (ausgenommen bei vis major) nützte dem Haftenden nichts.

Vergleichen wir nun mit dem eben Ausgeführten unser S. O. R., so finden wir, dass Letzteres auch hier auf einem andern Boden steht als Ersteres. Zunächst hat unser Gesetz, den modernen Anschauungen und Anforderungen Rechnung tragend, die Haftung für fremde Delikte nicht als Ausnahme, passend für bestimmte Gewerbe, behandelt, sondern hat sie auf alle Geschäftszweige ausgedehnt. Die heutige publica utilitas verlangte allgemein geltende Regeln, die bezeichnen, für wen und für welche Handlungen des Betreffenden jeder Geschäftsherr einzustehen habe. Was die Einzelheiten betrifft, ist auf die bisherigen Ausführungen zu verweisen. Diese Erweiterung machte aber eine Einschränkung anderseits nöthig: unser Gesetz musste die Fiktion der culpa des Haftenden fahren lassen und zu dem System der Präsumption der culpa übertreten; es musste das Zugeständniss machen, dass es dem Geschäftsherrn etwas nützen soll, wenn er zeigen könne, dass er ganz ohne Schuld dastehe. Das Stehenbleiben in dieser Hinsicht auf der römischen Stufe (wie es z. B. der C. N. betr. die maîtres et commettants gethan) wäre, wie schon ausgeführt, höchst ungerecht.

Dieses Einnehmen eines andern, erweiterten, mehr Alles in sich begreifenden Standpunktes seitens des S. O. R. hat es denn auch als wohl zulässig erscheinen lassen, die Fälle der römischen actio de effussis vel dejectis nicht besonders zu behandeln. Ich glaube, durch die elastischen Bestimmungen der beiden Art. 61

---

[1]) l 5 § 6 D de O et A. 44, 7.
[2]) l 7 § 4 D nautae 4, 9.
[3]) l 3 pr D de publicanis 39, 4.

und 62 ist dem „Bedürfniss der allgemeinen Verkehrssicherheit“ [1]) in dieser Hinsicht Genüge geleistet und es dürfte in Wirklichkeit gewiss nicht so schwierig sein, im einzelnen Fall eine belangbare, haftbare Person ausfindig zu machen, wie Haberstich [2]) meint. Uebrigens tröstet sich Letzterer darüber ausser mit dem Vorhandensein von Art. 61 noch mit dem Umstande, „dass nicht so leicht „Kölnisches Wasser“ zum Fenster hinaus geworfen wird und die Blumenstöcke häufiger im Theater als in den Strassen, vom Gesimse herunterfallen“!

IV. Standpunkt des deutschen Entwurfes in dieser Materie.

Es mag hier noch am Platze sein, die einschlägigen Bestimmungen des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich einer kurzen Betrachtung zu unterwerfen. — Die für die vorwürfige Frage massgebenden Paragraphen lauten:

§ 710. Derjenige, welcher kraft des Gesetzes über einen Andern die Aufsicht zu führen verpflichtet ist, haftet für den Ersatz des von dem Andern einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schadens, wenn er seine Aufsichtspflicht verletzt hat, und bei Erfüllung derselben der Schaden nicht entstanden sein würde.

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht für den durch das Gesetz Verpflichteten übernommen hat.

§ 711. Wer einen Andern zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist denselben zu beaufsichtigen verpflichtet, wenn und soweit es die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erfordert.

Wird diese Pflicht verletzt, so haftet der Aufsichtspflichtige nach Massgabe des § 710 Abs. 1 für den Ersatz des Schadens, welchen die bestellte Person durch

---

[1]) Vgl. Commentar von Bluntschli zum alten zürch. privatrechtl. Gesetzbuch § 1864.

[2]) Handbuch I p. 182.

eine in Ausführung ihrer Verrichtungen begangene unerlaubte Handlung einem Dritten zugefügt hat.

§ 712. Wer einen Andern zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist eine hiezu geeignete Person auszuwählen verpflichtet. Wird diese Pflicht verletzt, so findet die Vorschrift des § 711 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

§ 713. Ist neben demjenigen, welcher nach den Vorschriften der §§ 710 bis 712 für den von einem Andern zugefügten Schaden verantwortlich ist, auch dieser Andere für den Schaden verantwortlich, so haften Beide als Gesammtschuldner; im Verhältniss Beider zu einander gilt jedoch, unbeschadet der Vorschrift des § 338, der Andere, welcher den Schaden zugefügt hat, als allein verpflichtet.

Aus diesen Paragraphen geht hervor, dass dieses Gesetz auf einem ganz andern Standpunkt steht als das unsrige; denn es kennt die Schuldpräsumption nicht. Derjenige, der einen Aufsichtspflichtigen belangen will, muss neben dem Nachweise einer schädigenden Handlung des der Aufsicht Unterworfenen auch noch des Aufsichtspflichtigen eigene Nachlässigheit beweisen und dazu sagen die Motive[1]: „diese Regelung der Beweislast, wie sie der Entwurf zum Ausdrucke bringt, entspricht allgemeinen Grundsätzen, insofern die Nichtführung der Aufsicht einen Theil des Thatbestandes des Deliktes bildet und der Beweis des Kausalzusammenhanges zwischen Schaden und Delikt dem Beschädigten obliegt.“ Der Entwurf kommt nicht dazu, eine Scheidung zwischen der eigentlichen schuldhaften Handlung des Thäters und der Unterlassung des Haftenden zu machen und zwar dies wegen der „allgemeinen Grundsätze“. Ich glaube aber, wenn das Gesetz von vorneherein wie das S. O. R. einfach die Handlung des Untergebenen und seine Stellung als solcher als genügende Grundlage erklärt hätte, um den Vorgesetzten zu belangen, so könnten die allgemeinen Grundsätze des Beweises eben nur darauf, als auf die für den Thatbestand der hier in Frage kommenden Delikte einzig nöthigen Momente, angewendet

[1]) Motive zum deutschen Entwurf. Bd. II p. 735.

werden. Erschiene jedoch dies als widersinnig, so wäre meiner Meinung nach das noch kein Grund, den Standpunkt des deutschen Entwurfes einzunehmen. Im Gegentheil, ich glaube die Wichtigkeit und Nothwendigkeit der richtigen Regelung dieser Dinge ist so gross, dass sie auch Ausnahmebestimmungen rechtfertigen würde. Der deutsche Entwurf steht voll und ganz auf dem Boden, den Bieder für das S. O. R. vindiciren möchte; die Bestimmungen der vorliegenden Paragraphen sind in der That nur eine Erweiterung, eine nähere Präcisirung der allgemeinen Haftungs-Sätze. Ich habe schon früher angeführt, wie nicht richtig und in den meisten Fällen über den wahren Thatbestand hinausgehend es mir erscheint, wenn man der culpa des Aufsichtspflichtigen solche Wichtigkeit beilegt, dass man sie in die Stellung des *direkt* schadenbringenden Verschuldens erhebt. *Ihrer ganzen Natur nach muss* sie in zweite Linie gerückt werden. Ich habe schon gezeigt, wie schwierig für den Beschädigten der Beweis dieser culpa oft ist, sodass für ihn dadurch die Haftpflicht des Vorgesetzteu in vielen Fällen einfach eine illusorische wird. Von dieser Seite betrachtet, kommt es mir vor, der Standpunkt des Deutschen Entwurfs könnte beinahe als ein Zurückbleiben hinter den Anforderungen unserer Zeit in diesem Stück bezeichnet werden.

Eine Consequenz dieses Standpunktes ist es, wenn § 713 beide, sowohl den Aufsichtspflichtigen als den Untergebenen ohne Weiteres direct als Gesammtschuldner haften lässt. Dass aber der gleiche Paragraph das innere Verhältniss, das Verhältniss zwischen dem Aufsichtspflichtigen und dem Untergebenen so gestaltet, dass dieser jenem als alleiniger Thäter haftet, jener also gegen diesen Regress auf das Ganze nehmen kann, ist wiederum eine Inconsequenz des Standpunktes des D. E., die sonderbar erscheint und auffallen muss; denn wie reimt sich das zusammen, dass nach §§ 710 ff. der Beschädigte selbst, damit er vom Aufsichtspflichtigen etwas erhält, diesem ein direktes Verschulden nachweisen muss, dass aber nach § 713 dieses Verschulden so minim, so nichtssagend ist, dass es gegenüber dem Schädigenden selbst gar nicht in Betracht fällt? Dieses Letztere muss nach den Motiven[1])

---

[1]) Motive, Bd. II p. 737.

so geregelt werden „aus Billigkeitsgründen". Diese sollten aber auch gegenüber dem Beschädigten angewendet werden und da verwerfen sie unbedingt diese ihm hier auferlegte Beweislast.

Was das Haftungs*gebiet* anbelangt, gleicht dasselbe im Ganzen demjenigen des S. O. R. Dem Art. 61 S. O. R. entspricht § 710 des D. E. und dem Art. 62 die §§ 711 und 712. Diese letztern reden von der Pflicht zur Auswahl einer zur betreffenden Handlungs-Verrichtung geeigneten Person und von der Pflicht zur Beaufsichtigung dieser Person, „wenn und soweit es die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erfordert." Bei uns ist dies Alles in der „erforderlichen Sorgfalt" inbegriffen; diese mag sogar noch etwas mehr umfassen.

Betreffend den *Personenkreis* finden wir im Deutschen Entwurf weitere Grenzen als im S. O. R. Der § 710 bezeichnet als haftpflichtig einfach denjenigen, der kraft Gesetzes über einen Andern die Aufsicht zu führen verpflichtet ist oder denjenigen, der die Führung dieser Aufsicht für jenen übernommen hat; unser Gesetz fügt aber zu der „Aufsicht" noch das „häuslich" hinzu, das die Zahl der unter diese Bestimmung fallenden Personen beschränkt. Wenn auch diese Beschränkung manchen Streitfragen rufen mag, so finde ich sie doch am Platze angesichts der in gewissen Beziehungen strengern Vorschriften des S. O. R. Vollends möchte ich diesen Grund betonen hinsichtlich der engern Fassung des Art. 62 gegenüber den §§ 711 und 712; diese ist hier sehr nöthig, während beim Princip des Deutschen Entwurfes der Personenkreis eher erweitert werden durfte, was auch in vollem Masse geschehen ist, da hier als Untergebener jeder erscheint, der von einem Anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt ist. Dass es aber dennoch, trotz der Schwierigkeit, mit der nach dem deutschen Entwurf der Haftpflichtige belangt werden kann, nicht bedenkliche Consequenzen haben könnte, so ohne Weiteres das Auftragsverhältniss hier hineinzuziehen, möchte ich nicht zum Voraus verneinen.

Sehr scharf critisirt diesen Theil des Deutschen Entwurfes O. Gierke[1]). Ich kann es mir nicht vorenthalten, diese interessante

[1]) «Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht». p. 261.

Stelle hier wörtlich anzuführen: „Niemand steht für einen Schaden ein, wenn er nicht delinquirt hat. Auf allerlei Sonderrechtsgebieten gelten freilich ganz andere Grundsätze. Allein wenigstens das gemeine Privatrecht ist von solchen Singularitäten gesäubert. Es ist romanistischer als das römische Recht selbst! Alle Bestimmungen neuerer Gesetzbücher, in denen eine Schadenersatzpflicht aus blosser Verursachung oder aus Haftung für fremdes Verschulden zum Durchbruch gekommen ist, sind weggefegt. Dass umgekehrt ein Gesetzbuch, welches seiner socialen und wirthschaftlichen Aufgabe gerecht werden wollte, heute solche Gedanken in noch viel weiterm Umfange aufnehmen und ausbauen müsste, bleibt dem Entwurfe verborgen. Er hat so wenig Fühlung mit den Lebensbewegungen unserer Zeit, dass ihn nicht eine Ahnung davon beschleicht, wie allgemein die Ueberzeugung von der Unhaltbarkeit des reinen Delikts-Standpunktes für eine moderne Schadenersatzforderung und das Verlangen nach einer an altnationales Recht wieder anknüpfenden Reformgesetzgebung verbreitet ist. Und wie sollte er auch von seinen rein individualisirten Gesichtspunkten aus begreifen können, um was es sich hier eigentlich handelt".

Die Fälle der actio de effusis vel dejectis behandelt der Deutsche Entwurf eigens in den §§ 729 ff., aber in modificirter Form: Belangt werden kann der *Inhaber* des Gebäudes oder des betr. Theiles desselben. Er kann sich befreien durch den einfachen Nachweis des wirklichen Thäters. Immerhin soll diese Befreiungsgelegenheit ihm nicht etwa die Möglichkeit geben, sich den Bestimmungen der soeben behandelten §§ 710—713 zu entziehen (§ 729 Abs. 2). Er hat überdiess ein Regressrecht gegen den Thäter. — Auch die Haftung des Thierhalters (§ 734) und des *Besitzers* eines Grundstücks oder des darauf befindlichen Gebäudes (§ 735) hat der Deutsche Entwurf gemäss seinem oben angegebenen Standpunkt in vom S. O. R. (Art. 65 und 67) abweichenden Bestimmungen geregelt.

Das *Deutsche Handelsgesetzbuch* enthält *keine* allgemeinen, diese Materien berührenden Vorschriften.

B. Haftung für fremde contractliche culpa.

I. Uebersicht.

Es haftet Jemand für die contractliche culpa eines Andern heisst: mit der Klage aus einem Contract kann Jemand mit Erfolg sei es nun auf Erfüllung an und für sich, oder auf richtige Erfüllung, oder endlich auf Schadenersatz belangt werden, obschon Anlass zu der betreffenden Klage das schuldhafte Verhalten einer andern Person gegeben hat. Darunter fallen sehr viele und ganz verschiedenartige Verhältnisse. Alle diese Verhältnisse zu betrachten, würde uns zu weit führen. Wir müssen uns deshalb beschränken auf denjenigen Theil dieses Gebietes, der dem Inhalt der ersten Abtheilung unserer Arbeit am nächsten kommt, ihm am meisten gleichartig ist.

Da ist zunächst zu sagen, dass wir uns in Folge dessen nur mit den Fällen befassen können, da die Haftungspflicht sich knüpft an das Vorhandensein einer gewissen Ueber- und Unterordnung der in Frage kommenden Personen: Ueberordnung des Haftungspflichtigen über den, für den er einstehen muss und umgekehrt. So müssen wir also bei Seite lassen z. B. die Untersuchungen darüber, welchen Einfluss das schuldhafte Verhalten des einen Solidarschuldners auf die Verpflichtungen des andern ausübt, oder welches die Folgen für den Bürgen sind, wenn der, für den er Bürgschaft geleistet, sich culpos verhält, überhaupt über die Verhältnisse, da der Haftpflichtige und der eigentliche Thäter auf gleicher Stufe stehen.

Aber auch da, wo dieses nicht der Fall ist, haben wir wieder zu unterscheiden; denn es sind hier zwei von einander verschiedene Eventualitäten möglich: entweder *schliesst* der Untergebene für den Uebergeordneten einen Vertrag *ab*, oder er ist für ihn thätig bei der *Erfüllung* desselben. Im ersten Falle

handelt der Untergebene culpos, wenn er sich als Stellvertreter ausgibt und er ist es nicht, sei es nun, dass er gar keine Vollmacht hat, oder diejenige, die er hat, überschreitet. Da wird nicht der Vertretene, sondern der Vertreter selbst verpflichtet, es sei denn, dass der Vertretene den Vertrag genehmigt.[1]) Es kann aber auch vorkommen, dass ihn innerhalb der Vollmachtsgrenzen eine culpa trifft, indem er vielleicht ungünstiger abschliesst, als er hätte abschliessen sollen; da wird eben in der Regel der Vertretene als der Verpflichtete dafür einstehen müssen. Ich glaube, da kann der Satz Thöl's gelten, wo er sagt[2]): „Liegt das Widerrechtliche der Handlung darin, dass der Institor (oder Handlungsbevollmächtigte) contrahirt, wo er nicht, oder auf eine Weise, wie er nicht befugt ist, so kommt es nur darauf an, ob der Dritte guten Grund hatte, den Contract für der Vollmacht gemäss zu halten, dann haftet der Principal, weil er selbst als der Contrahent gilt und die Unrechtlichkeit als solche kommt gar nicht in Betracht". Wo aber die Grenze zu ziehen ist, da der Vertretene aufhört zu haften und nur noch der Vertreter selbst in Folge seiner Vollmachts-Uebertretung verpflichtet wird, kann kaum allgemein gesagt werden; es wird im concreten Fall zu entscheiden sein. Aber auch auf dieses ganze Gebiet können wir uns hier nicht einlassen, sondern unsere specielle Aufgabe wird sein, auf die Verhältnisse näher einzutreten, bei welchen der Untergebene bei der Erfüllung einer Obligation des Uebergeordneten thätig wird.

II. Haftung für fremde culpa bei Erfüllung von Obligationen.

Nachdem wir nun bis dahin uns mit den Fällen der Haftuug für fremde aquilische culpa beschäftigt, d. h. mit den Fällen, bei welchen die culpa der handelnden Person (für die eingestanden werden soll) die Obligation erzeugt, gehen wir jetzt also über zu der Betrachtung jener andern Kategorie von Fällen, in denen durch

---

[1]) Vgl. S. O. R. Art. 146. Deutscher Entwurf §§ 123 ff. Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 55, 298, 502.

[2]) Thöl, Handelsrecht 4. Aufl. Bd. 1 § 33.

die culpa gewisser dritter Personen nachtheilig eingewirkt wird auf eine schon bestehende Obligation. Zwei Parteien haben schon regelrecht contrahirt und nun wird die Ausführung, die Erfüllung dieses Contractes ganz oder theilweise vereitelt durch das schuldhafte Handeln oder Unterlassen einer dritten Person. Das S. O. R. regelt im Allgemeinen diese Haftung in Art. 115, welcher lautet:

Art. 115: „Der Schuldner ist verantwortlich für das Verschulden der seiner Autorität untergeordneten Familienglieder, seiner Angestellten und Arbeiter. Ebenso sind juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben, verantwortlich für das Verschulden ihrer Vertreter, Angestellten oder Arbeiter bei deren geschäftlichen Verrichtungen.

Die Verantwortlichkeit des Schuldners für das Verschulden der genannten Personen kann durch eine zum Voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden. Steht aber der Verzichtende zu dem andern Theil in einem Dienstverhältniss oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich concessionirten Gewerbes, so darf die Haftung nur für leichtes Verschulden wegbedungen werden".

Es wird nun zunächst unsere Aufgabe sein, zu untersuchen, auf welche Verhältnisse und welche Personen sich diese Haftungspflicht erstreckt.

1. Abgrenzung der Haftung nach Art. 115 von der Haftung nach Art. 61 und 62.

a. Hinsichtlich des Haftungsgebietes.

Wie schon hervorgehoben worden ist, ist für die Charakterisirung des Unterschiedes zwischen der Haftung nach Art. 61 und 62 und derjenigen nach Art. 115 vor Allem darauf hinzuweisen, dass die contractliche culpa, also die culpa, die hier bei Art. 115 in Betracht fällt, ihrem Wesen gemäss nur vorkommen kann in Hinsicht auf den Inhalt einer Obligation und nur gegenüber

derjenigen Person, die diesen Inhalt verlangen kann, also gegenüber dem andern Contrahenten. Darum finde ich es zu weit gegangen, wenn Stöcklin[1]) den Satz für sich allein hinstellt, die faute contractuelle sei „celle, perpétrée à l'occasion de l'exécution d'une convention ou des rapports qu'un contrat a établis entre le lésé et l'auteur du dommage“. Unter das à l'occasion de etc. können auch Fälle subsumirt werden, die unter diejenigen der Haftung für aquilisches Verschulden zu zählen sind. So sagt auch das zürcher. Obergericht[2]): „Im Allgemeinen sind zwar die Delict- resp. Quasidelictklagen durch ein bestehendes kontraktliches oder quasikontraktliches Rechtsverhältniss zwischen den Parteien keineswegs ausgeschlossen. Auch mit Bezug auf das S. O. R. kann dieser Grundsatz mit Recht nicht bestritten werden“. Darum ist es gut und auch nöthig, dass Stöcklin selbst weiterhin in der citirten Abhandlung seinen Ausspruch noch dahin präcisirt, dass er ausführt: „La différence entre la faute aquilienne et la faute contractuelle git en ce que la première s'attaque directement à la chose ou à la personne d'autrui tandis que la seconde affecte le droit d'autrui à exiger la chose ou la prestation faisant l'objet de l'obligation assumée par l'auteur de la faute“. Besser und genauer drückt sich jedoch Duplan[3]) aus, indem er sagt: „Quand l'art. 115 dit: Le débiteur répond de la faute commise par ceux des membres de sa famille qui sont placés sous son autorité, par ses employés etc., il faut sous-entendre d'abord: *vis-à-vis de son créancier,* puis: de la faute commise *à l'endroit de la prestation promise!*“ Hierbei ist namentlich Gewicht zu legen auf das „à l'endroit de la prestation promise“: an Stelle, anstatt der versprochenen Leistung. Dies ist das ausschlaggebende, in den weitaus meisten Fällen richtig und leicht unterscheidende Moment. Darauf kommt es eben an, ob der betr. Contrahent bei Erfüllung der Obligation das erhält oder das noch hat, was er gemäss dem Obligations-Inhalt erhalten oder noch haben sollte. Ist dies nicht der Fall, sondern eben „an Stelle des zu Leistenden“ durch Schuld einer bestimmten Person nichts oder

---

[1]) Revue judiciaire. 1886. p. 321.

[2]) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. III (1884) p. 55.

[3]) a. a. O. (oben p. 39) p. 283.

das, was sein sollte, nicht vollständig vorhanden, so liegt ein Fall von contractlicher culpa vor. Es frägt sich hier einfach: Ist das Ziel der Obligation, das, was sie bezweckte, erreicht oder nicht? So finde ich es zu weit gegangen und möchte daher nicht beistimmen, wenn Goldschmidt in dieser Hinsicht in seiner Abhandlung über „die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen"[1]) sagt: „Gewöhnlich pflegt man hier (bei der Frage, ob die fragliche Handlung als selbständiges Delikt oder Contractsverletzung aufzufassen sei) folgende Unterscheidungsformel aufzustellen: es komme darauf an, ob der Schaden „in Ausführung der übernommenen Leistung" oder nur „bei Gelegenheit der übernommenen Leistung" geschehen sei. Diese Unterscheidung ist an sich richtig, aber die concrete Abgrenzung schwierig".[2]) Wir haben oben (p. 51) gesehen, dass diese Unterscheidung anwendbar ist bei der Frage, ob eine Handlung in das Haftungsgebiet des Art. 62 falle oder nicht. Hier an dieser Stelle halte ich sie nicht für scharf genug. Ich glaube kaum, dass auf Grund derselben hier eine genaue richtige Abgrenzung der Fälle überhaupt möglich sei. Es wird sicherlich der Versuch derselben zu unrichtigen Resultaten führen und Ungerechtigkeiten rufen. So kommt Goldschmidt dazu, z. B. den Glaser, der beim Einsetzen eines Fensters eine Wanduhr hinabwirft, oder den Töpfer, der beim Setzen eines Ofens die Gardinen in Brand setzt, ex contractu haften lassen zu wollen. Diese Entscheidung scheint mir eine Zwangsentscheidung zu sein, die vielleicht von Vortheil sein könnte für das gemeine Recht, für unser O.-R. aber absolut unnöthig ist, da wir in diesen Fällen, wie früher gezeigt, genügend gesichert sind durch Art. 62, unter den sie nämlich fallen. Unsere Gesetzgebung gestattet uns, ohne dass Ungerechtigkeiten entstehen, überall das oben bezeichnete Unterscheidungsmerkmal strikte anzuwenden und durchzuführen, und zwingt uns nicht, zu sagen, es sei für das Wesen der contractlichen Haftung gleichgültig, ob der Schaden statt in ipsa re in ipso negotio entstanden sei. Wir müssen und dürfen nicht statt des festen handlichen

---

[1]) Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 16, p. 293/294.

[2]) Diese Schwierigkeiten betont auch, mit Berufung auf die citirte Abhandlung Goldschmidts: Stobbe, Deutsches Privatrecht III. S. 387.

Begriffes (in ipsa re) den ungreifbaren vagen (in ipso negotio) setzen und damit vielen Streitigkeiten rufen.

Gemäss dem Ausgeführten kann ich auch nicht einem Urtheil des Bundesgerichtes vom 19. Juli 1890[1]) beistimmen, das einen Geschäfts- (Dienst-) Herrn nach Art. 115 verurtheilte, weil ein Knecht desselben bei einer Futterschneidmaschine durch das Verschulden eines Nebenarbeiters verletzt wurde, indem es unter Anderm ausführt: „Es kann nicht von vornherein abgelehnt werden, dass der Arbeitgeber aus dem Dienstvertrag verpflichtet sei, für die Sicherheit seiner Arbeiter wegen Berufsgefahren die erforderlichen und nach den Verhältnissen zu erwartenden Vorsichtsmassregeln zu treffen. Allerdings spricht das Gesetz eine solche vertragliche Verpflichtung nicht aus; allein es muss sich doch fragen, ob eine solche nicht aus der Natur des Verhältnisses und den Regeln der guten Treue sich von selbst ergebe". Gerade das zuletzt Angeführte ist das Ausschlaggebende. Man frägt sich: Was ist der Zweck des Vertrages? Diesen gibt zunächst die unter den Parteien ausgemachte Uebereinkunft an, und wenn eine solche nicht ausdrücklich vorhanden, normirt das Gesetz den Vertragsinhalt und zwar für unsern Fall, indem es vorschreibt: Dem Herrn sollen Dienste geleistet werden, wofür der Arbeitnehmer seinen Lohn empfangen soll, sei es nun in Geld oder in natura (freie Wohnung, Kost) oder in Beidem zusammen. Hat er diesen nun nicht empfangen? hat er den Schaden à l'endroit de la prestation promise, an Stelle des Lohnes erlitten? Keineswegs, diesen bekommt er doch für seine geleisteten Dienste. Aber wie das Urtheil ganz richtig sagt, das, was die gute Treue verlangt, die allgemeinen menschlichen Pflichten (doch wenigstens für die Sicherheit seiner Arbeiter zu sorgen), sind verletzt; eine Verletzung dieser geschieht aber durch aquilische culpa. (Was Specialgesetze noch allfällig weiter vorschreiben, kann uns hier auf dem Boden des allgemeinen Rechts nicht berühren.)

Die Anwendbarkeit ist also hier bei Art. 115 auf ein viel kleineres, ganz specialisirtes Gebiet beschränkt, während bei der aquilischen culpa erstens derjenige, dem gehaftet wird,

---

[1]) Revue der Gerichtspraxis VIII (1890) No. 82.

jede beliebige Person sein kann, und zweitens das Gebiet, auf dem die schadenbringende Handlung möglich ist, das ausgedehnte der „geschäftlichen Verrichtungen" ist, von Art. 61 gar nicht zu reden. Darum finde ich, dass es nicht am Platze und verwirrend ist, wenn das Gesetz betreffend die Vertreter, die Angestellten und Arbeiter der gewerbetreibenden juristischen Personen auch hier wieder hinzufügt: „bei deren geschäftlichen Verrichtungen". *Darauf* kommt es hier nicht mehr an, sondern es muss stets daran festgehalten werden, dass ein schon gegebenes Contractsverhältniss zu Grunde liegen soll, dessen Durch- und Ausführung durch das Verschulden einer bestimmten Person ganz oder theilweise vereitelt wird; auf die Qualificirung der Handlung derselben sollte nichts mehr ankommen. Wenn z. B. eine Actiengesellschaft Bureaux-Lokalitäten miethet und ein Angestellter derselben beschädigt diese Räume durch unvorsichtige oder muthwillige Handlungen, die aber absolut nicht zum Geschäftsbetrieb gehören, so sollte gewiss dennoch die Gesellschaft nach Art. 283 zusammen mit Art. 115 ohne Weiteres zum Schadenersatz verurtheilt werden, obschon die schuldhafte Handlung des Angestellten nicht als eine solche, ausgeführt bei seinen „geschäftlichen Verrichtungen", qualificirt werden kann. Ob dies nach dem jetzigen Wortlaut des Art. 115 möglich wäre, bleibt sehr fraglich, und es scheint so z. B. die Ungerechtigkeit nicht ausgeschlossen, dass der Miether, der eine natürliche Person ist, ganz richtig zum Schadenersatz nach Art. 115 verurtheilt wird, weil sein Dienstbote einen Ofensokel beim Reinigen des Bodens stark beschädigt hat[1]), die gewerbetreibende juristische Person aber freigesprochen würde, wenn ihr Ausläufer sich das Gleiche zu Schulden kommen lässt; denn da könnte sie ja mit Leichtigkeit beweisen, dass sie selbst gar keine Schuld treffe an der Beschädigung und Art. 115 in diesem Fall gegen sie nicht anwendbar sei; denn das Reinigen des Fussbodens ist keine „geschäftliche" Verrichtung des Ausläufers z. B. einer Versicherungsgesellschaft. Daher würde ich in dieser Hinsicht die Fassung des entsprechenden Art. 142 des Entwurfes von 1876 vorziehen, der einfach sagte: „Dem eigenen Verschulden des Schuldners werden die Verschuldungen seiner

---

[1]) Bl. f. handelsrechtl. Entsch. IX (1890) p. 69.

Familienangehörigen, Angestellten oder Arbeiter gleichgeachtet. Dasselbe gilt auch für Gesellschaften und *juristische Personen in Beziehung auf die Verschuldungen ihrer Vertreter, Angestellten und Arbeiter*". Diese Regelung wäre an dieser Stelle die richtige. Auch den Umstand, dass hier *alle* juristischen Personen inbegriffen sind, halte ich durchaus nicht für zu weit gehend, oder überhaupt für einen Nachtheil.

b. Hinsichtlich der in Betracht fallenden Personen.

Die Personen, die bei Art. 115 in Betracht fallen, sind im grossen Ganzen dieselben, die wir bei Art. 61 und 62 getroffen haben. Es besteht jedoch ein Unterschied in der Redaction gegenüber Art. 61. In Art. 115 erscheinen nicht mehr diejenigen, die unter der häuslichen Aufsicht eines Andern stehen, sondern die Familienglieder, die der Autorität des betr. Schuldners untergeordnet sind. Es muss hier eben nicht mehr die Aufsichtspflicht als ein die besondere Haftung erklärendes Moment so sehr hervorgehoben werden, sondern es genügt die Thatsache, dass der Schuldner eine Obligation zu erfüllen hat und sich dabei der Hülfe seiner Familie bedient. Weil dies sehr oft der Fall sein wird, muss das Verhältniss allgemein geregelt werden. Die gewählte Fassung ist in der Hauptsache eine *engere* als diejenige des Art. 61, weil sie nur von den *Familiengliedern* redet. Es sind also die oben S. 42 ff. behandelten Haftungsverhältnisse des Vormundes, des Institutsvorstehers und Lehrherrn und vollends des Lehrers hier von vornherein auszuschliessen. Dagegen kann nach diesem Artikel ganz gut der Mann für seine Frau haftbar erklärt werden; denn es ist ja hier nur von der Unterordnung unter eine Autorität die Rede, und dass der Mann die Autorität über die Frau im regelmässigen Falle haben sollte, ist wohl ohne Weiteres zuzugeben. „Der Mann ist ja das Haupt der Ehe"! Ebenso werden erwachsene Kinder, die jedenfalls einer „Beaufsichtigung" seitens des Vaters nicht mehr bedürfen, doch noch als unter dessen „Autorität" stehend angesehen werden müssen. Also geht hierin diese abgeänderte Fassung des Art. 115 *weiter* als die von Art. 61. Zweifelhaft mag die Sache erscheinen betr. die Dienstboten. Wenn ich sie auch oben als unter die

„häusliche" Aufsicht fallend bezeichnet habe, möchte ich sie doch nicht direct zu den Familiengliedern zählen; denn ich glaube nicht, dass hier der Ausdruck „Familie" so weit gefasst werden darf, dass auch da einfach gesagt werden könnte: Familiae appellatione omnes, qui in servitio sunt, continentur[1]); sondern es ist der Begriff in dem heute geläufigen engeren Sinne zu verstehen. Nun aber steht nichts im Wege, hier die Dienstboten zu den „Angestellten" zu rechnen, welche ja an dieser Stelle hinsichtlich unserer Frage gleich behandelt werden, wie die Familienglieder. Es liegt darin nicht etwa eine Inconsequenz gegenüber dem oben eingenommenen Standpunkt; denn nach meiner Meinung ist hier der Begriff „Angestellte" in einem allgemeinern Sinne aufzufassen als bei Art. 62; denn hier wird der Angestellte nicht mehr gegenübergesetzt dem Geschäftsherrn. Somit können hier mit diesem Ausdruck ganz wohl auch nicht „Geschäfts-"Angestellte verstanden sein. Es ist überhaupt nöthig, um ungleiche Rechtsprechung in factisch gleichgearteten Fällen möglichst zu vermeiden, in diesem Zusammenhang die Bezeichnung „Angestellter" in sehr weitgehender Weise auszulegen; es wird auch dann noch die Interpretation nicht alle Fälle erfassen können, die eigentlich unter diese Bestimmungen fallen sollten. Darum finde ich die Redaction des deutschen Entwurfs in der vorliegenden Frage besser, der in § 224 in dieser Hinsicht einfach sagt: „Der Schuldner haftet in Ansehung der Erfüllung wegen des Verschuldens seines gesetzlichen Vertreters, sowie wegen des Verschuldens *derjenigen Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient*".

Es ist ferner noch auf einen Redactionsunterschied aufmerksam zu machen, der zwischen Art. 115 und Art. 62 besteht. Ersterer erwähnt nämlich unter den Personen, für die eine juristische Person einstehen soll, neben den Angestellten und Arbeitern auch noch die „Vertreter". Das hängt mit der Eigenthümlichkeit der juristischen Person überhaupt zusammen. Damit ja diese als solche nach aussen auftreten kann, braucht sie physische Personen, die sie eben „vertreten". Diese erscheinen aber keineswegs als Angestellte weder im Sinne von Art. 62 noch von

---

[1]) L. 25 § 2 D de aedil. edicto 21, 1.

Art. 115. Auch die für die Haftung nach Art. 62 nöthigen Voraussetzungen, wie sie gegebenen Ortes angeführt worden sind, treffen bei ihnen nicht zu. Sie sind also dort als solche, für die die juristische Person einstehen muss, nicht zu nennen. Bei Art. 115 verhält sich aber die Sache anders. Gerade die Aufgabe dieser Vertreter ist die Geschäftsführung; ihnen kommt es zu, Obligationen abzuschliessen *und zu erfüllen* im Namen der juristischen Person, die sie selbst allein nicht bilden. Consequenz dieses Standpunktes ist, dass die juristische Person als solche ohne Weiteres einstehe für die Erfüllung oder Nicht-Erfüllung ihrer Obligationen durch ihre Vertreter, auch wenn diese nicht als ihre Angestellten im Sinne von Art. 115 erscheinen. Daher hier die Extra-Erwähnung derselben.

An dieser Stelle muss auch noch darauf hingewiesen werden, dass der Schlusssatz des Abs. 2 von Art. 115 in zwei Verhältnissen die Wegbedingung der Haftung für grobes Verschulden nicht gestattet, also das allgemeine Princip dieses Artikels, das unten auseinander gesetzt werden soll, nicht voll gelten lässt. Dies Verbot betrifft das Verhältniss, bei welchem der Verzichtende in einem Dienstverhältniss zum andern Theil steht, und ferner die Haftung aus dem Betrieb eines obrigkeitlich concessionirten Gewerbes. Man sieht sofort, dass dabei der Gesetzgeber sich leiten liess von Utilitäts- und Billigkeits-Gründen und Rücksichten auf das öffentliche Wohl. Im ersten Falle wollte er nicht, dass der Dienstherr seine Macht und die Abhängigkeit seines Arbeiters missbrauchen könne durch Ausschluss jeder Verantwortlichkeit seinerseits für das Verschulden seiner übrigen Leute. Wenn z. B. ein Arbeitnehmer, der bis jetzt nur um Geldlohn gearbeitet hat, mit seinem bisherigen Arbeitgeber übereinkommen will, dass dieser ihm statt eines gewissen Theiles des Geldes die Kost geben soll, darf der Arbeitgeber nicht die Haftung ablehnen für den Fall, dass durch grobe Nachlässigkeit seiner Leute die Kost so würde, dass sie nicht mehr das Aequivalent für jenen bestimmten Theil des Geldlohnes bildete, dass also der Dienstpflichtige, durch die Nachlässigkeit der Leute seines Herrn in Schaden geriethe durch nicht gehörige Erfüllung der zwischen ihnen bestehenden Obligation seitens der letztern. — Im zweiten Fall ist der leitende

Gesichtspunkt jedenfalls der, dass bei concessionirten Gewerben dem einen vertragschliessenden Theil gewöhnlich eine Auswahl des andern Contrahenten gar nicht oder nur in beschränktem Masse zusteht. Diesen Vortheil des Nichtvorhandenseins der die Verhältnisse sonst regulirenden Concurrenz soll der Inhaber der Concession nicht benützen dürfen zur Ablehnung *jeder* Haftung für seine Leute.[1])

Nachdem wir nun die Grenzen gezogen für die Anwendbarkeit des allgemeinen Princips der Haftung für fremde culpa auf dem Boden contractlichen Verschuldens im S. O. R., können wir auf die Erläuterung des Princips selbst eingehen. Bevor wir aber dies für unser Gesetz thun, scheint es mir am Platze, einen Blick auf das römische Recht zu werfen.

2. Standpunkt des römischen Rechts hinsichtlich dieser Haftung.

„Selbst ist der Mann“, d. h. per liberam personam nobis acquiri non potest! Dies war der Grundsatz in Rom. Darum war damals die directe Stellvertretung grundsätzlich ausgeschlossen. Aber sobald der Verkehr und der Handel sich hebt und lebhafter und ausgedehnter wird, kann dieser Grundsatz unmöglich mehr strict durchgeführt werden. Darum musste man auch schon in Rom von der Regel abweichen, dass jeder Vertrag nur den verpflichte, der ihn geschlossen. Das prätorische Edikt gab Klagen, mit denen bei Verträgen gewisser Personen auch bestimmte dritte Personen aus diesen Verträgen belangt werden konnten: dies waren die actiones adjecticiae qualitatis. Wenn nun so zwar schon ein Schritt vorwärts gethan war, so war damit doch noch nicht der Standpunkt der freien Stellvertretung erreicht, indem der Dritte eben nur *neben* dem Zweiten haftete. Dieser war und blieb der wahre Contrahent; der von ihm geschlossene Contract

---

[1]) Betr. die unter diese Bestimmung fallenden Gewerbe, vgl. Commentar v. Hafner zu Art. 114 S. O. R. No. 5 und die Beispiele dazu im Commentar von Schneider und Fick zu Art. 114 Anm. 3.



war und blieb *sein eigener;* der Dritte haftete also gegebenen Falls aus einem *fremden* Contracte. Er kann angesehen werden als Bürge[1]), v. Wyss[2]) nennt ihn kurz „Garant"; adjicitur actio, non transfertur.

So ist es also für das römische Recht bei der Untersuchung der Frage der Haftung für das Verschulden Dritter auf Contractsgebiet nöthig, wie es v. Wyss a. a. O. thut, zu unterscheiden zwischen der Haftung mit Contractsklagen aus eigenem Contract, d. h. Fällen, da bei der Ausführung des vom Haftenden selbst abgeschlossenen Contractes dritte Personen in irgend welcher Weise betheiligt sind, und Haftung mit Contractsklagen aus fremdem Contracte, d. h. Fällen, da der eigentliche Contrahent und der in unserm Sinne Haftende verschiedene Personen sind und der erstere bei der Ausführung seines von ihm selbst geschlossenen Contractes nachtheilig auf den Erfolg einwirkt.

Heutzutage aber, da auch im gemeinen Recht das Prinzip der freien Stellvertretnng zum Durchbruch gekommen ist und unser Gesetz dasselbe auch voll und ganz angenommen hat, wird für die Untersuchung der vorliegenden Frage jener Unterschied, der für das römische Recht gemacht werden muss, hinfällig und damit die Darstellung einfacher und klarer. Denn dadurch, dass jetzt der Vertretene durch in den richtigen Schranken abgeschlossene Verträge des Vertreters unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird und als der alleinige und eigentliche Contrahent erscheint, sinkt der thatsächlich Abschliessende sofort wieder zur gewöhnlichen Mittelperson herab, sodass er, wenn er sich auch bei der Ausführung des Contractes betheiligt, in keiner andern Stellung sich befindet, als irgend ein anderer von einem Contrahirenden zur Erfüllung herbeigezogener Dritter[3]).

Was nun das römische Recht selbst betrifft, muss ich mich im Ganzen wie bei der aquilischen culpa damit begnügen, auf

---

[1]) Allerdings nur hinsichtlich seiner Haftung als solchen, nicht immer aber auch hinsichtlich der Begründung derselben; denn dazu bedarf es nicht in allen Fällen einer Willenserklärung von seiner Seite (so bei in rem versio).

[2]) a. a. O. p. 117.

[3]) Vgl. darüber auch die Motive zum deutschen Entwurf Bd. 2, p. 29.

Resultate schon bestehender Untersuchungen mich zu stützen, an denen es keinen Mangel hat. Selbst näher und kritisirend darauf einzutreten, kann um so weniger in meiner Aufgabe liegen, als das römische Recht bei dieser *Haftung aus eigenem Contracte* keine allgemeine Regel kennt, sodass es also nöthig wäre, auf jeden einzelnen Contract einzutreten. Dies würde uns viel zu weit führen. v. Wyss in seiner schon oft citirten Arbeit ist auch auf diesem Gebiete umfassend und erschöpfend. Er kann als massgebend erscheinen. Seine Ansicht in der uns zunächst liegenden Frage ist, dass eine Haftung für fremdes Verschulden aus eigenem Contract nach römischem Rechte *nicht bestanden habe*, dass der Contrahent, der fremde Hülfe zugezogen, nur habe einstehen müssen, wenn ihn selbst ein Verschulden getroffen habe in Bezug auf die Auswahl oder Beaufsichtigung derselben (culpa in eligendo oder custodiendo)[1]). Dies führt er dann an den einzelnen Verträgen des Weitern aus und weist es nach. So sagt auch Meili[2]) betreffend die conductio operis, dass es eben, weil beide Theile voraussehen mussten, dass dritte Personen zu einem bestimmten Zwecke thätig werden, der natürlichen Anschauung entspreche, dass der conductor eigene culpa und in Bezug auf die übrigen Personen nur culpa in eligendo und custodiendo zu prästiren habe. — Diese letztere culpa spielt also eine andere Rolle als diejenige, die wir oben bei Besprechung der aquilischen culpa auf Seite des Haftenden getroffen haben. Hier sind die leitenden Gesichtspunkte einfach die: Ist der Contract richtig erfüllt? Wenn nicht, kann dem Schuldner selbst irgend eine Schuld daran beigemessen werden? Hier kommt, wenn nicht geleistet, was er versprochen, einzig und allein nur er und sein Verhalten in Betracht. — Gestützt auf dieses Resultat seiner Untersuchung gelangt v. Wyss[3]) zu folgendem Schlusse: „Daher dürfen wir nicht länger anstehen, mit der Theorie vollständig zu brechen, welche die heutzutage vom Verkehrsbedürfniss geforderte und durch manche Gesetze und Gewohnheiten bereits statuirte unbedingte Haftung für culpa der Mittelspersonen aus

[1]) a. a. O. p. 89.
[2]) Meili, Telegraphenrecht p. 82.
[3]) a. a. O. p. 112.

den römischen Quellen abzuleiten sich bemüht". Auch er anerkennt also, dass das moderne Verkehrsbedürfniss ein strengeres und umfassenderes Einstehen-Müssen des Schuldners verlange, die römische Art Haftung bilde nur ein illusorisches Hülfsmittel. Dass nicht schon bei den Römern selbst dieses Bedürfniss, das ja bei ihrem ausgebildeten und grossartigen Handel und Verkehr jedenfalls auch vorhanden sein musste, zu anderen, entsprechenderen Regelungen geführt, rührt nach v. Wyss unter Anderem namentlich auch davon her, dass beim Geschäfts- und Handwerks-Betrieb in Rom eben meistens Sklaven verwendet wurden und diese Sklavenarbeit Verhältnisse geschaffen habe, die uns heute fern liegen und darum fremd sind.

Wie verhält sich aber die Sache bei der Haftung für fremde culpa aus fremdem Contracte? Hier ist die Antwort, die v. Wyss gibt, eine andere, eine der ersten entgegengesetzte, indem er an verschiedenen Orten seiner bis in alle Details gehenden Untersuchung in der That hier eine wahre Haftung für fremdes Verschulden constatiert. An Hand der Prozess-Entwicklung weist er dies nach, und er erklärt dieselbe, indem er ausführt [1]), wie sich allmählich „die Vorstellung einer selbständigen (prätorischen) Obligation des Garanten aufgedrängt und festgesetzt habe, nachdem der Prätor angefangen, den judex anzuweisen, aus dem Vertrage des Institors etc. den Principal etc. zu condemnieren", sodass wir also nun zwei Obligationen neben einander hätten, die des Institors und die des Garanten. Aus der formellen Einheit der intentio in beiden Klagen folge aber nothwendig auch die materielle Einheit [2]) der beiden Obligationen (quidquid institorem filium dare facere oportet ex fide bona). Auf diese Weise kommt er nun zu dem erklärenden und bestimmenden Schlussatze [3]): „Der Inhalt der Obligation des Garanten wurde stets *durch sämmtliche auf das Contractverhältniss bezügliche Handlungen des Contrahenten (des Institors etc.) bestimmt,* nicht durch den Contractsabschluss als solchen; das Contractsverhältniss war und blieb dem Garanten

---

[1]) a. a. O. p. 128 ff.

[2]) Abgesehen von eventueller quantitativer Beschränkung hinsichtlich des peculium.

[3]) a. a. O. p. 130.

ein fremdes, dessen Existenz als solche ihm keine besondern Pflichten auferlegte". Dies ist in Kürze der Standpunkt, den v. Wyss in unserer Frage einnimmt und den er auch gegenüber andern hierüber aufgestellten Theorien mit Erfolg vertheidigt[1]). Ich schliesse mich seiner Ansicht in allen Punkten an und glaube um so eher, mich hier damit begnügen zu dürfen, als das gemeine Recht, wie ich schon angeführt habe, nicht auf dem Boden des römischen steht, sondern in der Grundanschauung betr. Stellvertretung weiter gegangen ist und erklärt, dass der von dem Vertreter in einer den Principal bindenden Weise geschlossene Vertrag sofort von seiner Entstehung an als eigener Contract des Principals anzusehen und zu behandeln sei.

Welchen Einfluss hat nun diese Stellung des gemeinen Rechts auf unsere Frage, da nunmehr der Principal nicht mehr als Garant, sondern als eigener Contrahent erscheint? Haftet er nun für den auch noch bei der Erfüllung thätigen thatsächlich contrahirt Habenden nach den Grundsätzen, die v. Wyss in dem ersten Theil seiner Abhandlung (Haftung mit Contractsklagen aus eigenem Contract) als für das römische Recht geltend aus einander setzt? Oder gewannen die Haftungsprincipe des Principals *als Garanten* die Oberhand und bewirkten dadurch auch eine Aenderung der Sätze betreffend die Haftung des wirklich selbst contrahirenden Principals? Oder endlich: bestand ein Unterschied immer noch weiter fort? sah man immer noch darauf, ob der Principal in That und Wahrheit selbst contrahirt oder dies der auch bei der Ausführung thätige Dritte gethan habe? v. Wyss deutet an, dass die einzig richtige Consequenz *die* sei, die *erste* Frage zu bejahen, d. h. nunmehr auch diese Verhältnisse nach Massgabe der über Haftung für zugezogene Gehülfen bei Erfüllung eigener Verträge geltenden Normen zu beurtheilen, da ja jetzt auch der contrahirende Stellvertreter nach dem Contractsabschluss wieder in die Stellung eines gewöhnlichen Gehülfen zurücktrete. Und es ist dies aus dem angegebenen Grunde auch anzunehmen. Somit hätten wir im gemeinen Recht nunmehr in allen Fällen eine Haftung mit Contractsklage für das Verschulden Dritter nur

---

[1]) a. a. O. p. 142 ff.

dann, wenn den Contrahenten (den Principal) selbst eine culpa (sei es in eligendo, instruendo, custodiendo oder inspiciendo) treffe. Vgl. dazu die Ausführung: oben p. 81.

3. Welche Stellung hat das heutige Recht in dieser Frage einzunehmen?

Den soeben angegebenen Standpunkt des gemeinen Rechts vertheidigt namentlich auch Goldschmidt[1]), indem er geradezu sagt, dass auch das heutige Verkehrsbedürfniss, obschon es, namentlich in Folge der veränderten Ansicht hinsichtlich der Stellvertretung, vom jetzigen gemeinen Recht nur lückenhaft berücksichtigt sei, und obschon der heutige Verkehr nicht mehr durch Sklaven besorgt werde, dennoch keine allgemeinere oder gar unbedingte Haftung des Principals als nothwendig erscheinen lasse. Einigen ganz wichtigen öffentlichen Interessen (z. B. bei Eisenbahnen, Bergbau, Fabriken) könne durch Ausnahmsgesetze Folge geleistet werden. Diese wären daher zu vermehren, während dagegen das Bestehen eines allgemeinen Bedürfnisses dieser Art nicht anerkannt werden könne. — Abgesehen nun davon, dass solche Specialgesetze das Princip der Rechtsgleichheit durchbrechen, was immer nur zu Ungunsten des einen oder andern Theiles geschehen kann, und dass sie auch die Rechtssicherheit gefährden, daher nicht vermehrt werden sollten, möchte ich überhaupt bezweifeln, ob der heutige Handel und Verkehr nicht doch andern Bestimmungen rufe. Warum sind denn so viele und mannigfaltige Theorien aufgestellt worden[2]), um eine ausgedehntere Haftung schon auf das positive gemeine Recht zu gründen, sie aus demselben herzuleiten? Doch gewiss nicht aus blosser Lust zur Opposition, d. h. aus dem Triebe, die Quellen zu drehen und darin Anderes zu finden als wirklich darin steht, sondern weil die betreffenden Autoren eben sahen, dass die thatsächlichen Verhältnisse nicht übereinstimmten mit dem positiv geltenden Rechte, dass sie über dieses hinausgewachsen waren und eine ganz andere

---

[1]) a. a. O. (Z. f. Handelsrecht) Bd. XVI p. 371.

[2]) Vgl. die Aufzählung derselben bei Rang, Haftung des Schuldners für Dritte nach gemeinem Recht. Bonn. Diss. 1886.

Anschauung in Betreff dieser Dinge Platz gegriffen hatte als sie die Entwicklung des Rechts voraussetzte.

Das heutige Recht, wenn es genügen soll, muss also den Standpunkt des gemeinen Rechts in dieser Hinsicht verlassen und für unsere Frage eigene Wege zur Regelung suchen. Welches Princip aber soll nun einer modernen Gesetzgebung zu Grunde gelegt werden, damit ihre diesbezüglichen Bestimmungen doch einer gewissen Richtschnur folgen können und nicht Rechtsungleichheit entsteht? Da ist einfach zunächst auf das Alte zurückzugehen. Es haben ja eben die Bedürfnisse des Lebens, des regern Verkehrs die Römer dazu gebracht, einen Ausnahmezustand zu schaffen, der eine Haftung für fremdes Verschulden herbeiführte. Was ist daraus nun zu schliessen? Wenn schon damals eine exceptionelle Regelung dieser Verhältnisse als nöthig erachtet wurde, so verlangen die modernen Lebensverhältnisse, die in der Richtung, welche eben zu jenem Ausnahmezustande führte, in allergrösstem Massstabe sich entwickelt haben, geradezu, dass die hieher gehörigen Vorschriften nicht als Ausnahme behandelt werden, sondern als selbständige Regel neben die erste und in unsern Fällen an Stelle derselben treten. Mit andern Worten: es ist von dem Satze: Ohne Schuld keine Haftung, der als Fundamentalsatz angesehen wurde, abzugehen. Wenn man ihn allenfalls nicht ganz verwerfen will, wie Rang[1]) es thut, so ist er doch dahin zu modificieren, dass er lautet: Ohne wenigstens indirekte Schuld keine Haftung. Dieser Satz wird die Gesetzgebung auf die richtige Bahn leiten. Dabei kann gerade den Ausführungen Rangs nachgegangen werden, dessen Ansichten de lege ferenda wohl zu berücksichtigen, für das gemeine Recht selbst aber kaum durchwegs anzunehmen sind. Als entscheidendes, obigem meinerseits ausgesprochenen Grundsatze ebenfalls entsprechendes Merkmal führt er ungefähr Folgendes aus: beide Parteien haben Vortheile aus dem Vertrage gehabt, die eine Partei hat aber doch Schaden erlitten durch nicht gehörige Erfüllung, doch trifft keine der beiden Parteien directe Schuld. Also: „Die Schaalen der Waage der Justitia schweben in gleicher Höhe. Da senkt sich in die Schaale der einen Partei als Gewicht

[1]) a. a. O. p. 70/71.

der Umstand, dass sie es war, die den Verursacher des Schadens an die Sache herangebracht hat; und so klein das Gewicht dieses Umstandes sein mag, es genügt, um die Schaale zum Sinken zu bringen: diese Partei muss den Schaden tragen". Dies muss für uns das Ausschlaggebende sein: Wer sich fremder Hülfe bedient, um seinen Verpflichtungen nachzukommen, soll dafür einstehen; es soll nicht untersucht werden müssen, ob die Partei selbst bei der Bestellung etc. etwa eine Schuld treffe. Das Factum der Anstellung soll genügend sein, auf dass seine Haftpflicht in Anspruch genommen werden könne. Damit dies aber dann nicht wieder zur Ungerechtigkeit führt, muss darnach getrachtet werden, auf irgend eine Weise dem oben von mir aufgestellten Satze Geltung zu verschaffen. Dafür stehen dem Gesetze verschiedene Wege offen. Dies zeigen schon die zahlreichen über diesen Gegenstand aufgestellten Theorien, von denen aber nicht alle den gleich grossen Anspruch auf Richtigheit und noch weniger auf practische Durchführbarkeit machen können. Sie mit ihren verschiedenen Widerlegungen und Modifikationen zu durchgehen und zu prüfen, gehört in eine Arbeit allgemeineren Charakters. *Unsere* Aufgabe kann nur sein, zu sehen, ob und wie die speciellen Bestimmungen des S.O.R. die oben angegebenen Erfordernisse unserer Zeit berücksichtigt haben.

4. Haftungs-System des Art. 115 des S. O. R.

Wie schon gesagt, nimmt unser Gesetz hinsichtlich der vorliegenden Frage einen allgemeinen, principiellen Standpunkt ein. Allerdings enthält es auch einzelne besonderen Verhältnissen angepasste Abweichungen; diese werden später zu berücksichtigen sein. Befassen wir uns zuerst mit dem Princip. Dasselbe ist enthalten in dem schon in extenso citirten Art. 115. Wie wir gesehen, lässt er den Schuldner einstehen für gewisse Kategorien von Personen, nämlich für solche, deren man gewöhnlich bedarf, um seinen Verpflichtungen nachkommen, die übernommenen Contracte erfüllen zu können, oder die vermöge ihrer Stellung zum Schuldner, ihrer Zugehörigkeit zu demselben darauf angewiesen sind, die Ausführung seiner Obligationen neben oder unter ihm vorzunehmen.

Vergleichen wir diese Bestimmungen mit den schon behandelten Art. 61 und 62, so finden wir als Hauptunterschied, dass hier von einem Exculpationsbeweis seitens des Haftenden keine Rede ist, dass also das O.-R. denselben hier stillschweigend ausschliesst und damit eine strengere, weil unbedingte Haftung statuirt. Es hat also unser Gesetz dem oben besprochenen Bedürfniss des modernen Verkehrs in weitgehendster Weise Rücksicht getragen und demselben gerecht zu werden sich bestrebt. Aber es ist nicht dabei stehen geblieben und das mit gutem Grunde; denn eine zu starke Einseitigkeit ist Ungerechtigkeit, und sehr einseitig wäre der einfache Satz, dass der Schuldner immer und in allen Fällen, ohne dass er etwas dazu sagen, dagegen thun kann, einstehen soll für die betr. Personen. Darum verlangt die Billigkeit, dass auch ihm ein Weg offen gelassen werde, auf dem er sich sichern kann. Dies ist in unserm Gesetz geschehen, indem im 2. Absatz des Art. 115 dem Schuldner die Möglichkeit gegeben ist, zum Voraus diese Haftung abzulehnen. In seine Hand ist es gelegt, das Risico eines allfälligen Einstehen-Müssens auf sich zu nehmen oder von sich zu weisen. Thut er das erstere, *so übernimmt er eben die Garantie* für die Leute, die er gebrauchen will zur Erfüllung der Obligation. Unser Gesetz steht klar und deutlich auf dem Standpunkt der *Garantieübernahme.*

Dieser Standpunkt kann gerecht genannt werden und es entspricht dieses Haftungssystem noch am meisten der Wirklichkeit, wenn es auch allerdings nicht immer Allen helfen kann, wie sie es verdienten und wie es sein sollte. Das Gerechte und Richtige dabei liegt darin, dass es sich aufbaut auf das Vorhandensein einer Schuld. Das Wesen der Garantieübernahme bringt mit sich, dass, wenn dieselbe in Anspruch genommen wird, stillschweigend vorausgesetzt werden muss, der nun einstehende Haftende befinde sich in culpa. So ist es also nicht widersinnig und gegen das Rechtsgewissen verstossend, wenn hier eine Haftung ohne Entschuldigungsbeweis eingeführt wird. Die Argumentation gestaltet sich folgendermassen: Es handelt sich hier jedes Mal um die Erfüllung eines bestehenden Contractsverhältnisses, das der Haftende mit dem, welchem er haften muss, abgeschlossen hat. Er ist also beim Abschluss, bei der Uebernahme der

Verpflichtungen dabei[1]) und sieht dazu. Er setzt selbst die Eventualitäten fest. Findet er dabei nun einerseits, dass er die Leistung nicht selbst ausführen werde, anderseits aber, dass er der Fähigkeit der Personen, die er werde benützen müssen, nicht recht trauen dürfe, so hat er nun eben die Gelegenheit, die Haftung abzulehnen. Diese Möglichkeit bringt ihn also überhaupt dazu, die Sache zuerst bei sich zu überlegen und seine Leute zu prüfen. Scheint ihm dabei das Resultat der Prüfung günstig, glaubt er sich sicher, so wird er bedingungslos den Contract eingehen. Entsteht nun doch Schaden seitens seiner Leute hinsichtlich der Contractserfüllung, so zeigt es sich eben, dass er sich getäuscht in der Tauglichkeit derselben, sei es nun, dass er noch nicht genau genug geprüft, oder er selbst überhaupt nicht fähig ist, richtig und erschöpfend zu prüfen. In beiden Fällen erscheint er also ebenfalls als in Schuld befindlich, auf die aber weiter nichts mehr ankommt, da er eben durch bedingungslose Eingehung die Garantie, die Verantwortlichkeit übernommen hat, von der er nicht mehr zurücktreten kann. Dies muss gegenüber dem bei Art. 61 und 62 Ausgeführten um so weniger als zu weit gehend oder zu scharf auffallen, wenn man bedenkt, dass es leichter und eher möglich ist, die Fähigkeit Jemandes zu prüfen, eine bestimmte Obligation auszuführen, eine genau bezeichnete Leistung vorzunehmen, als herauszufinden, ob ein Mensch Geschicklichkeit und Vorsicht genug besitze, *bei der* Ausführung der Obligation anderweitig Schadenbringendes zu verhüten.

Aus dem Ganzen geht hervor, dass das Gesetz durch Aufnahme der Haftungspflicht in Folge Garantie-Uebernahme den richtigen Mittelweg eingeschlagen hat, da diese Art Haftung auf alle Seiten Rücksicht nimmt. Dem Gläubiger, den Interessen des raschen Verkehrs kommt sie entgegen durch die Bestimmung, dass einzig die Thatsache, dass die Hilfsperson in einem in Art. 115 genannten Verhältniss zu ihrem Herrn steht, genüge, um denselben unbedingt haften zu lassen; und dem Schuldner benimmt sie die Möglichkeit, sich zu beklagen wegen Haftung für Nicht-Verschulden;

---

[1]) Ob in Person oder durch einen Andern vertreten, ist *hier* für *diese* Frage gleichgültig.

denn, wie ausgeführt, wird dieser in einem solchen Fall sich immer etwas vorzuwerfen haben.

Es ist daher meines Erachtens eine bestimmte Aehnlichkeit im Haftungsprincipe bei der aquilischen und dieser contractlichen culpa nicht abzustreiten. Der Grundgedanke: denjenigen, der einen Schaden ersetzen muss, muss auch eine gewisse Schuld treffen, ist an beiden Orten möglichst berücksichtigt. An beiden Orten gilt, je den Verhältnissen angepasst, der Satz: Wenn der Mensch umsichtig und in allen Punkten vorsichtig lebt, soll und wird er keinen Schaden ersetzen müssen. Denn in diesem Falle wird er bei der aquilischen culpa eines ihm Untergeordneten leicht seine eigene völlige Schuldlosigkeit beweisen können, bei der contractlichen Haftung aber wird er entweder genau genug geprüft oder von der Garantie-Ablehnungs-Möglichkeit Gebrauch gemacht haben.

Dies so im Princip und in der Theorie. Nachdem ich nun aber ausgeführt, wie hierin das von dem S. O. R. angenommene System richtig und gut sei, darf ich auch nicht unterlassen, noch hinzuzufügen, erstens dass im Gesetz selbst verschiedene Ausnahmen enthalten sind und zweitens, dass ich auch zugebe, dass in der Praxis die Sache sich manchmal anders gestalten wird, d. h. die Haftung nach Art. 115 als strengere erscheinen wird als nach Art. 61 und 62, für's Erste schon deswegen, weil auch der vorsichtigste Mensch sich in seinen Mitmenschen resp. ihrem Können und Nichtkönnen einmal täuschen kann, dann namentlich aber deswegen, weil faktisch in sehr vielen hieher gehörigen Fällen dem Herrn es unmöglich sein wird, die Haftung abzulehnen, da er sonst in Folge dessen den Contract nicht schliessen könnte und allfällig in dieser Weise seine Existenz nicht mehr in gehöriger Ordnung aufrechterhalten könnte. So wird er, durch die Verhältnisse gezwungen, lieber das andere Risico übernehmen. Aber diese Unzukömmlichkeiten des menschlichen Lebens vermögen nicht, das im Allgemeinen als richtig befundene Princip als verwerflich erscheinen zu lassen. Wenn diese freilich etwas strenge Bestimmung den einen oder andern zu einer mehr oder weniger ungewohnten Aufmerksamkeit anspornen sollte, so ist einfach der gute Zweck, den sie erstrebt, erreicht.

5. Einzelne abweichende Specialbestimmungen des S.O.R.

Neben der soeben besprochenen allgemeinen, für alle Vertragsarten gleichmässig geltenden Haftung für die in Art. 115 angegebenen Personen gibt es nun noch in unserm Recht einzelne Specialbestimmungen bei gewissen Contractsverhältnissen, die meistens der Art sind, dass sie die bis dahin behandelte Haftung noch weiter ausdehnen. Hervorzuheben in dieser Hinsicht ist noch Folgendes:

Der Art. 285 Abs. 2 dehnt den Personenkreis, für den eingestanden werden soll, insofern aus, als er die *Haftung des Miethers* sich erstrecken lässt auch auf das Verschulden des Untermiethers. Es ist allerdings diese Bestimmung ein directer Ausfluss der Bestimmungen über die Miethe überhaupt, insbes. derjenigen über die Pflichten des Miethers (Art. 283) und insofern auch leicht zu verstehen von dem Standpunkte der Garantieübernahme aus. Wer eben einen Miethvertrag eingeht mit der Absicht, weiter zu vermiethen, muss sich zuvor überlegen, ob er im Stande sei, einzustehen für das Risico, das er mit der Aufnahme fremder Leute in den betreffenden Raum übernimmt, oder ob er die Garantie dafür ablehnen soll. Aber gerade da zeigt sich deutlich, wie sich die Sache im Leben manchmal anders gestaltet. Nehmen wir z. B. gerade den Fall an, den der Commentar von Schneider und Fick zu Art. 285 unter No. 1 Abs. 2 anführt, dass eine Wittwe die Zimmer ihrer Wohnung an Studenten weiter vermiethet. Dieser Wittwe wird es faktisch nie möglich sein, auf irgend welche Weise die Haftung für diese dritten Personen vertraglich abzulehnen. Diese Vergünstigung wird man ihr auch gegen Entgelt nie einräumen. So kann diese Frau, die, wenn sie eine sorgsame Hausfrau ist, in keinem Falle ein Verschulden treffen wird (sie kann ja auch nicht einmal irgend welche Autorität über die betr. Untermiether geltend machen!), in recht unangenehme Lagen kommen, für die sie nirgendsher Entschädigung erhält. Immerhin sind dies einzelne Fälle; sie vermögen noch nicht zu beweisen, dass diese Bestimmung des Art. 285, welche die unmittelbare Consequenz eines correct durchgeführten Systems ist, überhaupt ungerecht sei. Einzelne Unvollkommenheiten sind nicht bezeichnend für die Unrichtigkeit und Unbilligkeit des Ganzen.

Auf gleiche Stufe mit dem genannten Artikel ist Art. 306, Abs. 2 zu stellen, der dieselben Vorschriften als auch für die *Unterpacht* geltend erklärt in den Fällen, da diese letztere selbst gestattet ist.

Ferner kommen hier hinsichtlich des gleichen Gesichtspunktes in Betracht gewisse Bestimmungen beim *Werkvertrag*, speciell Art. 351. Denn auch dieser dehnt den Personenkreis, für den eingestanden werden soll, aus, indem er den Unternehmer haften lässt nicht nur allgemein für seine Angestellten und Arbeiter, deren er sich bedient, sondern auch für jeden Dritten, dem er die ganze oder theilweise Ausführung des Werkes überträgt und zwar auch dann, wenn ihm diese Uebertragung vom Besteller ausdrücklich gestattet war. Diese Ausdehnung scheint mir durch die Natur der Verhältnisse ganz gerechtfertigt; denn beim Werkvertrage ist der Besteller in hohem Grade abhängig von seinem Mitcontrahenten. In den meisten Fällen, da es auf die Person des Unternehmers nicht ankommt und da dieser gewohnt ist, die Ausführung des Werkes Andern zu übergeben, wird es dem Besteller nicht möglich sein zu prüfen, ob auch dieser Andere fähig dazu sei. Er wird sich auf das Urtheil seines directen Contrahenten verlassen müssen. Dieser soll dann auch dafür einstehen, und sich nicht entschuldigen können, der Dritte gehöre erstens nicht zu seinen Arbeitern oder Angestellten und zweitens treffe ihn selbst kein Verschulden. Er ist es ja, der versprochen hat, das Werk zu liefern: er soll auch „persönlich dafür haften, dass das Werk in brauchbarer Form hergestellt werde".[1]) Z. B. ich bestelle in einem sehr bewährten grössern Schuhgeschäft ein Paar Schuhe nach Mass. Dieser Schuhmacher A übergibt, da er selbst zu viel zu thun hat, die Fabrikation einem kleinern, aber auch selbständigen Schuster B, dem er hie und da Arbeit zuweist. Dieser verpfuscht aber die Schuhe. Da muss A dafür einstehen, auch wenn ihn gar kein Verschulden trifft. Er kann sich nicht etwa darauf berufen, dass der B nicht sein Angestellter sei, oder dass er sonst immer gut gearbeitet habe, oder endlich, dass ich darum gewusst, dass er die Arbeit dem B übertrage. Ich habe dennoch

---

[1]) Bluntschli; Commentar zum zürch. privatrechtl. Gesetzbuch, § 1573.

ja bei A bestellt, in der Voraussetzung, dass dieser, den ich als gut kenne, auch die Arbeit des B controlieren werde, damit diese nach seinem Willen, also recht gemacht werde. So sagt Dr. Stockar[1]: „Auch wenn der Besteller seine Zustimmung zur Substitution ertheilt hat, bleibt das Vertragsverhältniss in allen seinen einzelnen Bestandtheilen zwischen den ursprünglichen Contrahenten fortbestehen; es entstehen keine directen obligatorischen Beziehungen zwischen dem Dritten und dem Besteller". Der häufigst vorkommende hieher gehörige Fall ist der, dass bei Uebernahme von Hausbauten der Unternehmer gewisse Arbeiten im Unteraccord wieder weitervergibt[2]). Ja manchmal thut er dies auch noch zu andern Bedingungen als er selbst eingegangen. Aber auch da sagt Dr. Stockar am citirten Ort: „Der Besteller wird durch einen selbständigen Vertrag zwischen dem Unternehmer und dem Dritten nicht gebunden. Er kann von seinem Mitcontrahenten unverkürzte Vollziehung des Vertrages fordern, selbst wenn dieser durch Gewährung weniger strenger Ausführungsbedingungen zu Gunsten des Substituten sich ausser Stande gesetzt hat, von dem letztern vertraglich die Prästation der von ihm selbst übernommenen Leistungen verlangen zu können."[3]) Die Natur des Werkvertrages, die Uebernahme eines bestimmten Werks, mit dem Princip der Garantieübernahme macht hier eine Gesetzesbestimmung gerecht und billig, die sonst hart und streng erscheinen würde.

In noch viel höherem Grade trifft das eben Ausgeführte zu in einem weitern Fall der Haft-Ausdehnung, nämlich beim *Frachtvertrag* hinsichtlich der Haftung des Frachtführers: Art. 458 und 459. Diese ist noch weitgehender und strenger als diejenige im soeben behandelten Fall; denn hier kann sich der Frachtführer vom Schadenersatze für die untergegangene oder beschädigte Sache überhaupt nur dann befreien, wenn er beweist, dass die Beschaffenheit der Waare selbst oder höhere Gewalt oder das

---

[1]) «Beiträge zum Rechtsverhältniss des Werkvertrages nach S. O. R.» in der Z. f. schweiz. Recht n. F. III p. 48 ff.

[2]) Vgl. z. B. einen solchen Fall zweimaliger Weitervergebung in Bl. f. handelsrechtl. Entsch. X (1891) p. 87.

[3]) Vgl. auch Haberstich, Handbuch II p. 129.

Verschulden des Absenders oder Empfängers den Schaden verursacht hat. Er muss also auch in den vielen Fällen einstehen, die nach gewöhnlichem Sprachgebrauch noch als Zufall taxirt werden[1]), und damit ist schon gesagt, dass der Personenkreis, für den er haften muss, gar nicht begrenzt ist. Für jeden beliebigen Dritten, der z. B. kommt und etwas vom Wagen stiehlt, muss er eintreten, trotzdem er und seine Leute vielleicht alle mögliche Sorgfalt angewendet haben. Nach dem Commentar von Schneider und Fick liegt der Grund für diese strenge Haftung einerseits in dem Mangel der Möglichkeit, den Frachtführer zu controlieren hinsichtlich seiner Thätigkeit, Sorgfalt und Wachsamkeit (hier muss der eine Contrahent noch in viel höherm Masse als beim Werkvertrag einzig auf das Vertrauen zu seinem Mitcontrahenten sich verlassen); anderseits in der daraus resultierenden Schwierigkeit, den Beweis der Nachlässigkeit des Frachtführers zu erbringen. „Es soll die schwierige und zeitraubende Untersuchung betreffend die Sorgfalt der Frachtführer im Interesse des Handels abgeschnitten werden“ [2]). Dieses Handelsinteresse hat aber noch weiter geführt, nämlich dazu, den Frachtführer auch dann haften zu lassen, wenn er nicht mehr direct als solcher in Betracht kommt, d. h. wenn er das Gut einem andern Frachtführer übergeben hat zum Weitertransport: Art. 459. Auch davon kann er sich (übrigens folgt dies im Ganzen auch wieder dem allgemeinen Princip) nicht frei machen durch den Nachweis seiner Sorgfalt und seines Nicht-Verschuldens bei der Auswahl des spätern Frachtführers. Allerdings hat er in diesem dem ersten nicht ganz gleichen Fall zu seiner Genugthuung ein Rückgriffsrecht auf den andern. — Aber auch hier muss betont werden, dass das Gesetz doch nicht von seinem Grundprincip abgewichen ist. Wenn auch das Haftungsgebiet hier sehr weit ausgedehnt ist, so liegt es doch wieder im Willen des Contrahenten, ob und wie weit er dasselbe betreten will; denn auch hier hat der allgemeine Grundsatz des Art. 115 Geltung, wonach die Contrahierenden zum Voraus vertraglich gewisse Haftungen ausschliessen

---

[1]) Vgl. den diesbezügl. Ausspruch des Bundesgerichts in Bl. f. handelsrechtl. Entsch. III (1884) p. 346.

[2]) Bluntschli, Commentar zum zürcher. privatrechtl. Gesetzbuch § 1646.

können. Thun sie dies nicht, so übernimmt der Frachtführer eben die Garantie in vollem Umfange, wie sie das Gesetz ihm vorschreibt.

In diesem Zusammenhange ist auch noch auf Art. 465 hinzuweisen, der für die obrigkeitlich concessionirten Transportanstalten für dieses Gebiet den Schlusssatz des Art. 115, Abs. 2 noch verschärft, indem er denselben *jede* vorherige Beschränkung oder Aufhebung der strengen gesetzlichen Haftung des Frachtführers verbietet; also dürfen sie auch nicht die Haftung für leichtes Verschulden ihrer Angestellten etc. wegbedingen.

Art. 448 dehnt diese Bestimmungen über die Haftung des Frachtführers auch aus auf denjenigen, der gegen Vergütung die Versendung oder Weitersendung von Gütern für Rechnung des Versenders, aber in eigenem Namen, zu besorgen übernimmt (den *Spediteur, Transportkommissionär*).

Wie schon im römischen Recht neben den nautae, denen eine strengere Haftung als andern Leuten oblag in ihrem Geschäftsverkehr, woraus obige Bestimmungen über den Frachtvertrag herausgewachsen sind, in gleicher Stellung auch die caupones erscheinen, so haften auch nach unserm Gesetz die *Gastwirthe* im Allgemeinen in gleicher Weise wie die Frachtführer. Dies bestimmen die Art. 486 und 487. Auch diese Leute können sich von der Haftung für die Beschädigung, Vernichtung oder Entwendung der von ihren Gästen eingebrachten Sachen nur befreien durch den Nachweis, dass der Schaden verursacht wurde durch ein Verschulden des Gastes selbst oder seiner Begleiter oder Dienstleute oder durch höhere Gewalt oder durch die Beschaffenheit der Sache; auch für sie ist also der Personenkreis, für den sie eventuell einzustehen haben, ein unbegrenzter. — Aber in zwei Punkten geht ihre Haftung sogar noch weiter als diejenige des Frachtführers. Erstens müssen sie in einem speciellen Falle, da nach gesetzlicher Präsumption ein Verschulden auch den Gast trifft (wenn er nämlich unterlässt, grössere Geldsummen oder andere Sachen von bedeutendem Werth dem Wirth zur Aufbewahrung zu übergeben) dennoch einstehen wenigstens für das Verschulden ihrer Dienstleute: also eine Haftung für die in Art. 115 genannten Personen und zwar trotz des Verschuldens

auch des andern Theils eine unbeschränkte! Zweitens dürfen sie diese strenge Haftung nicht in allgemeiner, wenn auch jedem Gast zugänglichen und sofort erkennbaren Weise zum Voraus modificiren oder gar ablehnen.

Die in diesen beiden Art. 486 und 487 geregelte Haftung ist die strengste, die wir bis jetzt getroffen, und geht sogar über das System der Haftung in Folge Garantieübernahme hinaus. Diese schwere Ausnahmestellung, die diese Art Menschen seit alten Zeiten verfolgt, wird jetzt allerdings nicht mehr begründet und erklärt durch die Schlechtigkeit und Unredlichkeit hujus generis hominum, sondern massgebend sind heutzutage die Gesichtspunkte der Sicherheit, Leichtigkeit und Bequemlichkeit des Fremden-, überhaupt des Reisenden-Verkehrs. Dessen Eigenthümlichkeiten verlangen auch heute noch eine besondere, strengere, schnell Hülfe bringende Regelung dieser Dinge. Kurz und deutlich erklären und entschuldigen dies die Motive zum C. N., der im Ganzen für diese Fälle in Art. 1952 und 1953 noch schärfere Vorschriften aufstellt. Conseiller d'Etat Real sagt nämlich in seinem Exposé des motifs hinsichtlich dieser Bestimmungen[1]: „Cette disposition, depuis longtemps admise par nos lois, était trop utile pour n'être pas maintenue dans notre nouveau Code. Sans doute elle impose de grandes obligations aux aubergistes et hôteliers; mais elle pourvoit à l'ordre public et elle est indispensable pour la sécurité des voyageurs"; ferner der tribun Fovard in seinem Discours prononcé au corps législatif[2]: „Cette responsabilité, qui paraît rigoureuse, est peut-être la *base la plus solide de la prospérité des aubergistes.* C'est la confiance, qu'ils inspirent, ou la bonne foi et la surveillance à laquelle la loi les oblige, qui rend les voyages plus faciles, plus multipliés et qui appelle les voyageurs chez eux!"

Aber auch noch in ganz anderer Hinsicht statuirt der Art. 486 eine betreffend den zu vertretenden Personenkreis erweiterte Haftung, indem er nämlich dem Verschulden des Gastes nicht nur dasjenige seiner Dienstleute gleichstellt, sondern auch dasjenige

---

[1]) Motifs, rapports etc. au code civil fr. tome VI, p. 234.

[2]) Ibid. tome VI, p. 246.

seiner Begleiter. Diese letztern können nun ganz gut andere als die in Art. 115 bezeichneten Personen sein; gleichwohl wird auch der Beweis des Verschuldens dieser Leute seitens des Wirths dem Gast unbedingt angerechnet d. h. ihm zum Nachtheil gereichen. Also insoweit auch da erweitertes Einstehn-Müssen!

Art. 488 dehnt die gleiche Haftpflicht wie sie die Gastwirthe trifft auch ausdrücklich aus auf die Stallwirthe. Es mag dies auf den ersten Blick zu streng erscheinen. So hat auch der deutsche Entwurf in Buch II, Abschn. 2 im 12. Titel neben den Gastwirthen die Stallwirthe nicht mehr erwähnt, „weil bezüglich dieser Klasse von Gewerbetreibenden in der Gegenwart kein Bedürfniss besonderer Rechtsnormen bestehe“, sagen die Motive.[1]) Ich möchte da nicht ohne Weiteres zustimmen. Nehmen wir nur z. B. den sehr häufig vorkommenden Fall, dass einer mit Ross und Wagen an einen Ort kommt, dieselben in der Stallung eines Gasthofes einstellt, sonst aber seinen Verwandten und Bekannten nachgeht. Hier ist er nicht der Gast des Gasthofbesitzers; dieser kann allein nur als Stallwirth in Betracht kommen in diesem Fall. Alle Voraussetzungen jedoch, die sonst die strenge Haft nach Art. 486 begründen, finden sich ausser eben diesem einzigen Moment auch bei ihm. Wie nun? Solchen Schwierigkeiten hilft eben Art. 488 ab. Also scheint er mir doch noch von etwelchem Nutzen zu sein. Allerdings ist er sehr eng zu interpretiren und vorsichtig anzuwenden, wie dies auch unser zürcher. Obergericht gethan hat.[2])

Bei dieser Gelegenheit mag noch, weil in dieses Gebiet einschlagend, das Gesetz der Landsgemeinde des Kantons Uri über das Wirthschaftswesen und den Kleinverkauf geistiger Getränke vom 4. Mai 1884 Erwähnung finden, das in § 16 bestimmt: „Jeder Wirth ist in Ausübung seines Gewerbes für die Handlungen seiner Angehörigen und Angestellten verantwortlich. Sind dem Wirthschaftspersonal Thiere zur Unterbringung oder Gegenstände zur Aufbewahrung anvertraut worden, so haftet der Wirth für allfälligen Schaden oder Verlust, es sei denn, dass er im

---

[1]) Bd. II p. 584.

[2]) Vgl. den betr. Fall in Bl. f. handelsrechtl. Entsch. VI (1887) p. 177 ff.

Augenblick der Uebergabe die Verantwortung ausdrücklich abgelehnt habe, oder dass Verlust und Schaden ohne sein Verschulden und ungeachtet möglichster Sorgfalt eingetreten sei!" „Gegenüber dem S. O. R. doch kaum haltbar," bemerkt dazu Andreas Heusler mit vollem Recht.[1])

Als Specialbestimmung auf unserm Gebiete ist ferner noch hervorzuheben Art. 397, Abs. 2, der *den Beauftragten*, der zur Uebertragung der Besorgung des Geschäftes befugt ist, nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruction des Dritten einstehen lässt. Es handelt sich hier um Personen, die an und für sich wohl auch unter Art. 115 fallen können, bei der betreffenden speciellen Obligation aber als in ihren Handlungen freie, selbständige Personen erscheinen, die das Geschäft für sich allein durchführen, während dort der Schuldner selbst es *mit Zuhülfenahme* des Andern ausführt. Der deutsche Entwurf erwähnt in dem entsprechenden § 589 diesen Unterschied ausdrücklich. Wir haben nun den Fall der Uebertragung der Arbeit auf Andere auch schon beim Werkvertrag getroffen, dort aber eine andere Regelung gefunden. Dies rührt von den von einander ganz verschiedenen Eigenthümlichkeiten dieser beiden Verhältnisse her. Jene haben wir oben betrachtet. Hier verhält sich die Sache folgendermassen: wenn der Beauftragte befugt ist (s'il avait reçu le pouvoir; s'egli è autorizzato) zur Uebertragung des Geschäftes, so gehört eben diese Handlung zum Auftrag selbst und er muss daher sehen, dass er nach Art. 395 und 396, die ihm vorschreiben, wie er sich bei Ausführung des Auftrages zu verhalten habe, handle. Ist er nun bei der Auswahl nicht sorgfältig verfahren oder hat er den Gewählten schlecht instruirt, so hat er gegen seine Verpflichtung gehandelt und in Folge dessen ist es möglich geworden, dass jener den Schaden angerichtet hat. Dieses pflichtwidrige Verhalten seinerseits rechtfertigt seine Haftung. Wir streifen hier in gewisser Hinsicht auf dem contractlichen Boden die „eventuelle" culpa, die wir bei der Besprechung des aquilischen Verschuldens getroffen. — Auf der andern Seite muss zur Erklärung dieser Bestimmung auch noch gesagt werden,

---

[1]) Z. f. schweiz. Recht n. F. IV, 436.

dass das hier in Betracht fallende Verhältniss nicht derart beschaffen ist, dass es eine Unterordnung unter das allgemeine Princip erlauben würde. Die Voraussetzungen, welche die Haftung nach Art. 115 rechtfertigen, treffen hier nicht zu. Die Personen stehen sich in diesem Fall zu fern.

Die Vorschrift des Art. 397, Abs. 1, wonach der Beauftragte, der die Besorgung des Geschäftes unbefugter Weise einem Dritten überträgt, für die Handlungen desselben haftet, wie wenn es seine eigenen wären, gehört nicht in unsere Untersuchung; denn sobald er unbefugter Weise handelt, ist er es selbst, der den Contract direct verletzt. Er tritt nur für seine eigene Schuld ein. — Aehnlich verhält es sich mit Art. 322 d. h. hinsichtlich der Haftung des Commodatar.



Schlussbemerkung.

Wenn wir auf das Durchgangene noch einen kurzen Blick zurückwerfen, so können wir sagen, dass das S. O. R. in der That in weitgehender Weise die Erfordernisse unserer Zeit auf diesem Gebiete, wie sie in der Einleitung zu dieser Arbeit dargelegt wurden, berücksichtigt hat. Ein sehr grosser Vortheil dabei ist, dass es überall den Mittelweg eingeschlagen hat; es geht namentlich bei der aquilischen culpa weiter, als der deutsche Entwurf gehen will; es ist nicht so weit gegangen wie der C. N., dessen diesbezügliche Bestimmungen sich manchmal als zu schroff erweisen. Dadurch erscheint es gerechter als die beiden genannten Gesetze. Im Weiteren hat es auch bei der contractlichen culpa durch Zulassung der Garantie-Ablehnungs-Möglichkeit die richtige Mitte bewahrt. Andere Vortheile liegen noch darin, dass es erstens die beiden Gebiete der aquilischen und contractlichen culpa auseinander hält und für jedes getrennt, parallel gehende, je dem betreffenden Wirkungsfeld angepasste Vorschriften erlassen hat, was beim C. N. nicht der Fall ist, und zweitens dass es immer bestrebt ist, allgemeine, auf möglichst viele Fälle ohne Schwierigkeit anwendbare Bestimmungen aufzustellen.

Inhalts-Uebersicht.

